





DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

LIVRE Ier

TITRE VII

DES ACHATS ET VENTES

PAR J. BÉDARRIDE

Avocat à la Cour impériale d'Aix, ancien Bâtonnier,
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse.

Prix : 8 fr.

PARIS,
AUGUSTE DURAND,
LIBRAIRE,
Rue des Grès, 7

AIX,
REMONDET AUBIN
LIBRAIRE-ÉDITEUR
Sur le Cours, 55

1862

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

—

TITRE VII.

DES ACHATS ET VENTES.

Aix, Typ. Remondet-Aubin, sur le Cours, 53

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

LIVRE Ier

TITRE VII.

DES ACHATS ET VENTES

PAR J. BÉDARRIDE,

**Avocat à la Cour Impériale d'Aix, ancien Bâtonnier,
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse.**

Prix : 8 fr.



PARIS,
AUGUSTE DURAND,
LIBRAIRE,
Rue des Grès, 7

AIX,
REMONDET-AUBIN,
LIBRAIRE-ÉDITEUR,
Sur le Cours, 55

1862

DROIT COMMERCIAL

CODE DE COMMERCE

LIVRE Ier

TITRE VII.

DES ACHATS ET VENTES.

ART. 109.

Les achats et ventes se constatent :
Par actes publics,
Par actes sous signature privée,
Par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties,
Par une facture acceptée,
Par la correspondance,
Par les livres des parties,
Par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.

SOMMAIRE.

1. Importance des achats et ventes. Caractère de l'article 109.

2. Motifs du laconisme du Code de commerce en ce qui les concerne.
3. Caractère de la législation commerciale. Conséquences.
4. Son importance quant à l'application du droit commun dans le silence de la loi spéciale.
5. Opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin. Appréciation.
6. Injustice du reproche qu'ils adressent à la jurisprudence. Caractère de celle-ci.
7. Espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, du 5 juillet 1820. Motifs d'appliquer le droit commun.
8. Arrêt de la Cour de Montpellier, refusant d'appliquer l'article 2074 du Code Napoléon aux gages commerciaux. Appréciation.
9. Espèce de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1825. Motifs rendant le droit commun inapplicable.
10. Résumé.
11. Hypothèses dans lesquelles la matière commerciale est régie par le droit commun.
12. A quelles conditions les achats et ventes revêtent-ils le caractère commercial.
13. Celle de l'achat réside dans l'intention de revendre.
14. *Quid* de celle de la vente.
15. Objet du commentaire.

1. — Les achats et ventes font l'objet principal, on pourrait même dire unique, du commerce. Ne consiste-il pas en effet à acheter des denrées et marchandises pour les revendre soit en nature, soit après les avoir ouvrées ou travaillées, à des conditions telles que, prélèvement fait du prix de revient et des frais de préparation ou de mise en œuvre, on trouve dans l'excédant ce bénéfice en vue duquel on a opéré, et qui devient le légitime salaire du marchand, fabricant ou manufacturier.

2. — Comment se fait-il donc qu'une matière aussi importante occupe si peu de place dans le Code de commerce, et que l'unique article qui lui est consacré se réfère au mode de constatation du contrat, sans qu'il y soit question de la validité, de la perfectibilité du contrat en lui-même, des conditions qu'exigent l'une et l'autre ?

C'était là la conséquence inévitable du caractère spécial de la législation commerciale. La loi civile, uniquement destinée à régir et à régler les rapports de citoyen à citoyen de la même nationalité, doit être en harmonie avec les habitudes, les coutumes, les besoins et les mœurs du peuple qu'elle régit; le commerce ne peut prospérer que par l'importance et l'étendue de son développement. Il exige des relations et des rapports fréquents de peuple à peuple, de nation à nation, il faut donc que les lois auxquelles il devra obéir participent de ce caractère d'universalité, et n'offrent rien de blessant pour les mœurs, les usages et les besoins de ces étrangers dont on invoque, dont on sollicite le concours.

3. — Les illustres auteurs de nos Codes avaient reconnu cette nécessité et lui rendaient un éclatant hommage lorsque, dans le discours préliminaire dont ils avaient fait précéder le Code civil, ils s'exprimaient en ces termes :

« Le commerce ordinaire de la vie civile, uniquement réduit aux engagements contractés entre des individus que leurs besoins mutuels et certaines convenances rapprochent, ne doit pas être confondu avec le commerce proprement dit, dont le ministère est de rapprocher les peuples et les nations, de pourvoir aux besoins de la so-

ciété universelle des hommes. Cette espèce de commerce, dont les opérations sont presque toujours liées aux grandes vues de l'administration et de la politique, doit être régi par des lois particulières qui ne peuvent entrer dans le plan d'un Code civil. L'esprit de ces lois diffère essentiellement des lois civiles.

De là ces réserves, ces exceptions en faveur du commerce convenues dans la discussion du Code civil, ou écrites dans ses dispositions; l'article 1107 déclarant que les transactions commerciales sont réglées par les lois relatives au commerce; les articles 1341, 1873, 2070, 2084 et 2102 consacrant l'inaplicabilité de leurs dispositions à la matière commerciale.

La mission du législateur commercial recevait donc ses plus franches coudées, mais elle était restreinte par sa spécialité même. Pouvait-on méconnaître ce caractère de généralité qu'exigeaient les principes destinés à régir des rapports qu'on voulait et devait rendre universels? Était-il possible de les renfermer dans des limites précises, absolues, calquées sur les mœurs et les usages exclusivement français? N'était-ce pas méconnaître l'intérêt du commerce et en entraver le développement?

Ces considérations se recommandaient à notre législateur, et lui étaient d'ailleurs énergiquement rappelées. « Il est de la plus haute importance, disait M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, que le Code de commerce de l'empire français soit rédigé dans des principes qui lui préparent une influence universelle, et soient en harmonie avec les grandes habitudes commerciales qui embrassent et soumettent les deux mondes. »

Il soutenait en conséquence qu'à l'égard des achats et ventes qui ont lieu dans le commerce, il était impossible d'en déterminer les formes et les proportions. C'est la volonté des parties, ajoutait-il, qui seule établit leurs droits réciproques. La loi doit se borner à garantir l'exécution des marchés qui doivent être constatés dans les formes qu'elle a prescrites.

Cette opinion, partagée par le conseil d'Etat, détermina la consécration de l'article 109. Le laconisme de la loi spéciale sur les achats et ventes a donc été volontaire et calculé. On a voulu faire un Code de la matière, non pas exclusif à la nation française, mais général et tel qu'il pût être adopté par le commerce de toutes les nations.

On ne pouvait atteindre ce but qu'en s'abstenant de trop préciser, de crainte de froisser certaines habitudes, de soulever des préjugés de nature à créer des obstacles aux relations qu'on devait favoriser, il fallait ne pas perdre de vue cette vérité si souvent proclamée par les orateurs du conseil d'Etat, que le commerce peut et ne doit être ni nationalisé ni localisé.

4. — Est-il dès-lors permis de prétendre que dans le silence de la loi spéciale on doit recourir au droit commun et en appliquer les dispositions? Cette proposition, prise dans un sens absolu, a rencontré une énergique réprobation de la part de MM. Delamarre et Lepoitvin.

Comment, disent-ils, une pareille proposition a-t-elle pu passer en quelque sorte à l'état d'axiome? C'est que plusieurs motifs d'arrêts de la Cour de cassation sont fondés sur cette doctrine étroite, subversive de l'harmo-

nie de nos lois, et que plusieurs Cours l'ont à l'envi adoptée sans un examen approfondi. Trompées par ces arrêts, quelques autres nations ont érigé en loi ce principe meurtrier, qui ne va à rien moins qu'à détruire l'essence des choses, en transformant des contrats du droit des gens en contrats civils.[1]

5. — Nous pensons avec ces honorables jurisconsultes que, pris dans un sens général et absolu, le principe qu'ils repoussent méconnaît le caractère des deux législations, et tombe dans la contradiction la plus complète avec l'esprit du Code civil lui-même. Mais il est dans ce Code de nombreuses dispositions avouées par le droit des gens et pouvant dès-lors sans inconvénients régir les affaires commerciales.

La doctrine si vivement critiquée par MM. Delamarre et Lepoitvin ne date pas d'aujourd'hui. A-t-elle cependant produit les désastreuses conséquences qu'ils en induisent? Notre commerce, à l'extérieur comme à l'intérieur, en a-t-il éprouvé ces obstacles qui devaient en contrarier le développement?

6. — L'expérience a donc fait justice des craintes qu'on aurait pu concevoir. Ce résultat, nous n'hésitons pas à l'attribuer à l'intelligente application que la jurisprudence a faite du principe.

On peut se convaincre en la consultant que le recours à la législation civile, dans le silence de la législation

[1] T. 2, n° 22.

spéciale, a été subordonné surtout au caractère de la disposition invoquée, et à la nature du contrat; et tout en proclamant la possibilité du recours, les tribunaux ne l'ont admis que lorsqu'ils ont pu le faire sans blesser l'esprit de la législation spéciale, sans méconnaître les exigences et les usages du commerce, devant lesquels, suivant l'expression de Casaregis, *omnes juris regulæ silere debent.*

7. — MM. Delamarre et Lepoitvin ne se contentent pas de reprocher à la Cour de cassation d'avoir introduit le principe qu'ils combattent. Ils l'accusent en outre d'inconséquence pour l'avoir tour à tour admis et repoussé, ce qu'ils induisent de deux arrêts, aux dates des 5 juillet 1820 et 28 juin 1825.

L'exemple n'est pas heureux, car ces deux arrêts prouvent, ainsi que nous le disions tout à l'heure, qu'on ne peut recourir au droit commun qu'à la condition que son application ne répugne en rien à l'esprit de la loi commerciale.

8. — Il s'agissait, dans l'espèce du premier, de savoir si l'article 2074 du Code Napoléon régissait les prêts sur gages entre commerçants. La Cour de Montpellier avait consacré la négative, attendu en fait que le nantissement était convenu par les parties; qu'en droit les lois qui déterminent les formalités pour constater les conventions ou négociations ne pouvaient être invoquées là où les conventions sont avérées reconnues par la partie même qui en poursuit la nullité.

« Attendu que le nantissement, en matière commerciale, se prouve par les voies usitées dans le commerce, et notamment par celles indiquées dans l'article 109, lequel étant applicable aux ventes, l'est *a fortiori* au nantissement qui n'est pas un contrat aussi absolu, aussi étendu que la vente ; que l'article 2084 du Code Napoléon exceptant formellement les matières commerciales des dispositions de l'article 2074, les laisse soumises aux règles qui leur sont particulières ; que l'article 95 du Code de commerce étant spécial pour les commissionnaires, les nantissements restent, ainsi qu'il a été dit, dans les règles ordinaires du droit commercial. »

Il y aurait beaucoup à redire à quelques-uns de ces motifs. Dans tous les cas, leur exactitude n'est admissible qu'à la condition que le litige relatif à la matérialité du gage s'agitera entre le déposant et le dépositaire.

Supposez, en effet, que celui-ci prétende avoir acheté, ou que la chose ayant péri le déposant recuse la responsabilité de la perte sous prétexte qu'il a vendu, il est incontestable que la preuve testimoniale invoquée pour fixer le véritable caractère de l'opération sera recevable, et que cette preuve deviendrait absolument inutile si la réalité du nantissement était avouée et reconnue. Le contrat lierait obligatoirement les parties, et aucune d'elles ne pourrait se prévaloir de l'article 2074 du Code Napoléon.

La raison en est fort simple. Cet article ne s'est nullement préoccupé de la matérialité du gage que personne ne pourrait raisonnablement contester dès qu'en fait le dépositaire a en sa possession les choses qui en font

l'objet. Ce qu'il a voulu réglementer, ce qu'il réglemente, en effet, c'est l'influence que la convention des parties exercera contre les tiers.

Le créancier gagiste aura un privilége et sera payé sur le gage de préférence à tons créanciers. Mais la constitution d'un privilége n'est pas laissée à la discrétion des parties, elle ne peut résulter que de la loi. Donc, si elle n'est acquise contre les tiers qu'au prix de l'observation des conditions de l'article 2074, comment la concevoir et la consacrer en cas d'inobservation.

Ajoutons que la loi commerciale n'a nullement parlé du privilége attaché au gage. Le créancier même commerçant ne peut le revendiquer qu'au bénéfice de la disposition de l'article 2073 du Code Napoléon. Dès-lors comment pourrait-il se soustraire à celle de l'article 2074.

Or, devant la Cour de Montpellier, le litige s'agitait entre le prétendu dépositaire et la masse des créanciers du déposant. Le privilége réclamé par celui-ci était contesté et repoussé par celle-là, et s'il est vrai, comme nous venons de le dire, que ce privilége ne pouvait être accordé hors le cas prévu par l'article 2074, le consacrer, c'était évidemment méconnaître et violer la loi.

L'arrêt devait donc être cassé et le fut en effet le 5 juillet 1820. Il est vrai que dans les motifs de son arrêt la Cour suprême paraît admettre que les dispositions du droit commun doivent suppléer au silence de la loi spéciale. Mais si dans l'espèce elle applique l'article 2074, c'est que loin de déroger à sa disposition, le Code de commerce s'y est au contraire explicitement référé, ce

qu'elle induit des articles 546 et 95 du Code de commerce.

N'en déplaise à MM. Delamarre et Lepoitvin, le caractère juridique de cette induction ne saurait être méconnu. L'article 546, en effet, ne reconnait le privilége de gagiste qu'à ceux qui seront *valablement* nantis. Donc il ne suffit pas d'être matériellement nanti, il faut encore l'être valablement, condition qui ne peut résulter que de la fidèle observation de l'article 2074. L'appel fait à sa disposition, par l'article 546, est donc direct et formel.

Cet appel est de plus écrit en toutes lettres dans l'article 95, aussi MM. Delamarre et Lepoitvin essayent-ils d'en recuser l'autorité par la raison qu'il est spécial au commissionnaire. Celui-là, disent-ils, ne prête, ni n'emprunte, il fait des avances, reçoit provision. On ne peut donc lui assimiler celui qui prête ou emprunte sur gage

Mais, de bonne foi, est-il possible de distinguer entre le commissionnaire donnant des fonds en échange d'une consignation et le commerçant ou le capitaliste ne prêtant l'argent que contre la remise d'un gage. Ce dernier, comme le premier, ne fait qu'une avance sur marchandises, c'est-à-dire un acte de commissionnaire, il tombe dès-lors naturellement sous l'empire de la législation régissant celui-ci.

D'ailleurs, en quoi l'application de l'article 2074 aux nantissements commerciaux répugne-t-elle aux exigences, à l'essence du commerce? N'a-t-elle pas au contraire paru dans tous les temps une précieuse garantie pour son intérêt le plus précieux?

Voyez le législateur de 1673, il n'avait pas hésité à

prescrire dans l'article 8 du titre 6 de l'ordonnance les formalités depuis exigées par l'article 2074, et sa disposition avait reçu l'assentiment des jurisconsultes. Cet article, disait notamment Jousse, a été établi : 1° contre ceux qui prêtent à usure sur des gages ; 2° pour prévenir les fraudes et récélés qui peuvent arriver fréquemment de la part des marchands et négociants, en exigeant de leurs débiteurs des gages ou nantissements lorsque ceux-ci viennent à faire faillite ; 3° afin que les débiteurs qui se trouvent en faillite ne puissent avantager quelques-uns de leurs créanciers au préjudice des autres.

Est-ce que les craintes qui excitaient la prévoyance du législateur de 1673 n'ont pas dû préoccuper les auteurs du Code ? Le danger était-il moins à redouter en 1807, Est-il chimérique aujourd'hui encore ? Et s'il n'a pas cessé de subsister dans toute sa force, comment admettre qu'on ait voulu écarter la précaution qui seule pouvait le prévenir.

Donc la Cour de cassation, proclamant que loin de déroger à l'article 2074 le Code de commerce s'y est expressément référé, est dans la vérité vraie, et interprète sainement la lettre et l'esprit de la loi. Refusez d'appliquer cet article aux gages et nantissements commerciaux et, aux approches de la faillite, l'actif du failli disparaîtra et arrivera aux mains des créanciers qu'il voudra favoriser. Ainsi on aura répudié le remède au moment précisément où le mal est plus imminent, où il est plus facile à prévoir, plus urgent de le prévenir.

Une pareille inconséquence de la part du législateur

est inadmissible, on ne pourrait la lui attribuer sans lui reprocher d'avoir failli à son devoir.

On peut avec plus de raison dire de l'article 2074 ce que M. Troplong dit de l'article 1657 du Code Napoléon: *S'il n'existait pas pour la matière commerciale, il faudrait l'inventer*. Est-il possible, en effet, de mesurer l'étendue des fraudes que les approches de la faillite feraient naître. Bientôt et aux premiers symptômes de dérangement, les créanciers de la localité ou des localités voisines exigeraient et obtiendraient de l'intimidation ou de la complaisance les lambeaux de l'actif qu'ils soustrairaient ainsi aux créanciers éloignés ou étrangers. Prévenir ce danger était non-seulement un droit mais encore un devoir hautement autorisé par le droit des gens luimême, et qui dès-lors trouvait naturellement sa place dans les prévisions d'un Code de commerce.

Dans tous les cas, si la Cour de cassation, dans son arrêt, invoque le principe que dans le silence de la loi spéciale il faut s'en référer au droit commun, elle ne l'applique pas, puisqu'elle n'admet pas que le Code de commerce se soit tu sur l'application de l'article 2074. Comme arrêt d'espèce, sa décision est irréprochable, elle le serait encore au point de vue doctrinal et théorique, car le recours au droit commun est obligatoire et licite lorsque son application *non solum non repugnat bono publici commercii, sed favet*.

9. — L'intérêt bien entendu du commerce est donc seul dans le cas de faire admettre ou rejeter les dispositions du droit commun dans les matières non régies par

la loi spéciale. C'est ce principe que la Cour de cassation applique dans son arrêt du 28 juin 1825.

Dans cette espèce, le porteur d'une lettre de change réclamait, après la faillite du tireur et par privilége, les objets constituant la provision à son titre. Les syndics soutenaient que le droit à la provision ne s'ouvrait qu'à l'échéance; que jusque-là la lettre de change n'était qu'un mandat donné à un tiers de payer; que l'obligation pour le tireur de payer lui-même, en cas d'inexécution, qui résultait forcément de sa faillite avant l'échéance.

Ils ajoutaient : alors même qu'on voudrait considérer le contrat de change comme un transport de créances, il serait toujours vrai de dire que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport, conformément à l'article 1690 du Code Napoléon.

Enfin, se prévalant de l'article 1328 du même Code, et de ce que les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que de la manière y indiquée, ils prétendaient que la date de l'endossement de la lettre de change ne pouvait être que celle de l'échéance ou de l'ouverture de la faillite; mais qu'à l'une ou l'autre de ces époques le tireur étant de plein droit dépouillé de l'administration de ses biens, il n'avait pu transmettre au preneur aucun droit sur la provision.

La question était donc de savoir si les articles 1690 et 1328 du Code Napoléon régissaient la matière des lettres de change. Or, la négative, quant au premier, s'induisait forcément du caractère et de la nature de ces titres; véritable monnaie commerciale, pouvait-on sans

méconnaître l'un et l'autre en soumettre la négociation à des formalités qui devaient avoir pour résultat infaillible non-seulement le bouleversement absolu de tous les principes en matière de change, mais encore d'entraver la rapide circulation des effets commerciaux et de les jeter dans le discrédit, c'est-à-dire de fouler aux pieds les exigences du commerce, et de porter l'atteinte la plus funeste à l'intérêt public lui-même.

Quant à l'application de l'article 1328, était-elle possible en présence de l'article 139 du Code de commerce, défendant d'antidater les ordres, sous peine de faux ? N'est-ce pas là reconnaître l'autorité de leur date envers et contre tous.

Il n'y avait donc pas à hésiter, et la cour de Rennes n'hésite pas; par arrêt du 6 février 1822, elle repousse la prétention des syndics, considérant qu'aux termes de l'ordonnance de 1673 et du nouveau Code de commerce la délivrance ou l'endossement régulier d'une lettre de change en transfère la propriété; qu'on ne doit pas appliquer au transport qui s'opère par ce moyen le principe du droit civil, par lequel le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport au débiteur ou l'acceptation de celui-ci.

Considérant qu'une lettre de change fait foi de sa date, même contre les tiers, puisque, d'après l'article 139 du Code de commerce, l'antidate qu'on se permettrait serait un faux et puni de la peine de celui-ci; que par conséquent l'article 1328 du Code Napoléon ne reçoit ici aucune application.

Ainsi la cour de Rennes n'admet pas que la loi spé-

ciale soit muette ; et si elle refuse de recourir à la législation civile, c'est uniquement parce que, dans l'espèce, son application est repoussée par l'esprit et la lettre du Code de commerce.

C'est le pourvoi contre cet arrêt que la Cour de cassation rejetait le 28 juin 1825 ; ce qui motive ce rejet, c'est non l'impossibilité de recourir au droit civil dans le silence de la loi spéciale, mais uniquement que le recours n'est permis que lorsqu'il est autorisé par l'intérêt du commerce. La pensée de la Cour suprême, à cet égard, résulte avec évidence des termes mêmes de son arrêt.

« Considérant que plusieurs dispositions du Code civil ne sont point obligatoires en matière de commerce, ainsi que ce Code l'exprime en divers endroits, et notamment au titre 3, chapitre *de la Preuve*, article 1341 ; que les demandeurs conviennent eux-mêmes que l'application de l'article 1328, même chapitre, peut être, par les tribunaux jugeant en matière de commerce, modifiée ou entièrement écartée, d'après les circonstances, suivant que l'intérêt du commerce l'exige.

10. — Ainsi la Cour de cassation, qui a dit en 1820 que dans le silence du Code de commerce il faut recourir au Code civil, ne dit pas le contraire en 1825, seulement, à cette dernière époque, elle subordonne ce recours à la nature du litige et aux exigences de l'intérêt commercial ; elle juge en 1820 que cet intérêt comporte l'application de l'article 2074 du Code Napoléon aux nantissements commerciaux ; en 1825, que ce même intérêt ne permettait pas celle des articles 1690 et 1328 à la

matière des lettres de change. Où donc est la contradiction reprochée par MM. Delamarre et Lepoitvin.

En subordonnant à l'intérêt du commerce la solution de notre question, la Cour régulatrice a tracé la règle que prescrivent les vraies et saines traditions. N'est-ce pas cet intérêt devant lequel *omnes juris regulæ silere debent.* Mais la raison qui nous a légué ce précepte, nous a dit en même temps que l'application au commerce du droit civil était obligatoire lorsque *non solum non repugnat bono publici commercii, sed favet.*

La conclusion qui s'induit de la jurisprudence de la Cour de cassation est que le recours au droit civil, lorsque la loi spéciale est muette, n'a rien d'absolu, que les tribunaux peuvent l'admettre sans qu'ils en aient le devoir; que cette faculté ne doit jamais aller jusqu'à méconnaître les usages et les besoins du commerce; que dans le doute ils doivent se décider par la nature et le caractère du litige, et surtout par l'équité et l'intérêt du commerce.

Cette doctrine ressort évidemment de l'article 109 lui-même. Nous venons de le dire, le silence gardé en matière d'achats et de ventes, sur la forme et les conditions du contrat, n'est que le résultat de la volonté de ne gêner en rien des relations destinées à créer des rapports de peuple à peuple; que la mise en pratique de cette maxime de Valin, que la vente marchande ne pouvait être soumise aux formes méfiantes et minutieuses d'un Code civil.

Tenons donc pour certain que consacrer en principe absolu qu'on doit recourir au droit commun pour tous

les cas non formellement prévus et réglés par le Code de commerce, ce serait se méprendre sur le caractère de celui-ci, et prêter à ses auteurs une pensée et une intention contraires à celles qui les ont dirigés. La jurisprudence n'a pu s'égarer à ce point, la Cour de cassation notamment, nous venons de le démontrer, n'a pas encouru ce reproche.

Pour elle, l'intérêt du commerce a toujours été la considération déterminante et exclusive. Le recours au droit commun ne lui a paru licite et possible que lorsque cet intérêt ne pouvait et ne devait en éprouver aucune atteinte; que lorsqu'il était autorisé par la loi spéciale elle-même, et pouvait dès-lors être admis sans blesser l'équité et la bonne foi, bases essentielles des transactions commerciales.

11. — Telle a été également la conduite des Cours et tribunaux. S'ils ont appliqué, dans certains cas, le droit commun à la matière commerciale, notamment à la vente, c'est qu'ils ont été autorisés à le faire par la nature de la disposition à adopter comme règle. Il faut, en effet, dire avec MM. Delamarre et Lepoitvin : « Quelle que soit la différence entre les législations civiles et commerciales, on ne saurait admettre qu'il n'est point au Code civil certaines lois d'une application obligée aux ventes du commerce. Il en est plusieurs, et il ne peut pas ne pas y en avoir, car, bien qu'il ne soit destiné qu'à régir un seul peuple, un Code civil ne peut se concevoir, surtout en ce qui concerne les obligations convention-

nelles, que comme un ensemble de dispositions, la plupart conformes au droit naturel, les autres restrictives ou modificatives de ce droit; les unes conformes, les autres contraires à l'intérêt du commerce. Or, c'est la conformité ou la non-conformité de la disposition civile avec le droit naturel et l'intérêt du commerce qui fait que cette disposition est ou non applicable à la vente commerciale.[1] »

On peut, en consultant la jurisprudence, se convaincre que telle est la règle qu'elle s'est tracée et dont elle n'a jamais dévié. On peut donc résoudre ainsi la difficulté : Non, on ne peut dans le silence de la loi spéciale recourir aux dispositions du droit commun, si ces dispositions, de pur droit civil, répugnent au caractère universel des transactions commerciales, méconnaissent ses exigences et contrarient les usages généralement adoptés; mais on le peut et on le doit lorsque ces dispositions prenent leur source dans le droit naturel et participent ainsi de la nature de la législation commerciale.

12. — L'article 109 n'a entendu régir et ne régit, en effet, que les achats et ventes commerciaux; il faut donc, avant tout, examiner et rechercher à quelles conditions on doit attribuer ce caractère aux uns et aux autres.

En ce qui concerne les achats, la loi s'est formellement exprimée dans l'article 632. Est réputé acte de commerce, tout achat de denrées ou marchandises pour

[1] T. 3, n° 19.

les revendre, soit en naure, soit après les avoir travaillées ou mises en œuvre ; ou même pour en louer simplement l'usage.

13. — La commercialité de l'achat réside donc exclusivement dans l'objet pour lequel il est contracté. Si ce but est un de ceux indiqués par l'article 632, l'opération est un trafic, une spéculation en vue d'un bénéfice. On ne pouvait donc hésiter sur son caractère.

Sans doute, l'intention de revendre n'est qu'une abstraction qu'il serait assez difficile de constater, si son existence ne devait pas s'induire de la nature de l'opération. Sera-t-il jamais possible de confondre l'achat par spéculation et celui pour la consommation ou l'usage personnel ?

La justice aura donc comme élément d'appréciation la qualité de l'acheteur, la nature de la chose achetée, enfin l'importance de l'achat. Qu'importe, en effet, que le premier ne soit pas commerçant. Tout le monde peut tenter une spéculation ; et comment en méconnaître la réalité, si la chose achetée était sans utilité au point de vue des exigences d'un usage personnel, si elle l'a été dans des proportions évidemment en dehors de ces exigences et de toutes les prévisions qu'elles peuvent inspirer.

D'autre part, pourrait-on hésiter lorsqu'un fabricant ou manufacturier aura acheté la matière première nécessaire à son industrie ; ou un commerçant les denrées ou marchandises qu'il est dans l'habitude de revendre en gros ou en détail.

Sans doute, l'un et l'autre pourront acheter, soit pour leurs besoins personnels, soit toute matière autre que celle qu'ils exploitent. Mais, en ce qui les concerne, la quantité achetée serait plus décisive encore que pour le non négociant ; un commerçant ne distrait pas facilement les fonds de son commerce, parce qu'ils en constituent l'élément essentiel, parce qu'ils lui sont nécessaires, ou qu'il les fait ainsi fructifier. S'il est forcé de le faire, ce ne sera que dans la limite de ses besoins réels. Si cette limite est évidemment dépassée, on peut sans témérité conclure à une pensée de spéculation.

Qu'importe que la chose achetée ne se place pas dans le cadre de leurs affaires ordinaires, rien ne leur prohibe de tenter la fortune dans des opérations autres que celles auxquelles ils se livrent plus spécialement ; l'occasion qui tente le non-commerçant peut les tenter à leur tour, et leur profession les fera même céder plus facilement. L'expérience de tous les jours n'est que trop significative. Comment se défendraient-ils d'une loyale spéculation, ceux qui trop souvent se livrent au jeu sur toute espèce de marchandises.

La règle consacrée par l'article 632 est éminemment rationnelle. Acheter pour revendre en nature ou après mise en œuvre, c'est évidemment spéculer sur la différence du prix, et rechercher un profit dont la possibilité a été le mobile de l'achat. Or, qu'est-ce que le commerce, si ce n'est la répétition plus ou moins fréquente d'achats de cette nature. Le caractère commercial de l'opération qui ressort pour les uns de leur qualité, s'induira pour les autres de la nature et de l'importance de l'achat.

14. — La vente qui n'est que la réalisation de la pensée qui a présidé à l'achat est essentiellement commerciale, elle est le complément de l'opération qu'elle consomme.

De là cette conséquence que la vente de choses, de quelque nature qu'elles soient, qui sont aux mains du vendeur autrement que par un achat, ne revêt pas par elle-même le caractère commercial. La chose, en effet, ne devient marchande qu'entre les mains du commerçant qui en fait l'objet de ses spéculations. Ainsi, observe avec raison l'abbé Roubaud, les légumes sont des denrées entre les mains du jardinier qui les met en vente et les apporte au marché; elles deviennent des marchandises dans les mains du regrattier qui les vend à son échoppe, à son étal, à sa boutique. Les choses ne sont que vénales pour le premier; elles sont marchandes pour le second. Cette différence est sensible, et économiquement très utile, puisqu'elle nous fait distinguer, par la valeur ou l'emploi propre de chaque mot, le commerce du cultivateur qui a produit la denrée, et le négoce du marchand qai fait de la denrée du producteur une marchandise circulante d'une main, marchande de l'autre. Est marchand qui vend des marchandises, n'est pas marchand qui vend ses denrées.[1]

Cette conclusion, incontestable au point de vue rationnel, puise son fondement légal dans ce fait que le producteur ne vend pas ce qu'il aurait acheté. Les denrées ne sont pour lui que le revenu de la terre, que le produit

[1] *Synonymes français*, v[is] *Marchandise*, *Denrée*

de son exploitation agricole. Son opération comporte si peu l'idée d'un trafic que le marchand lui-même vendant ses recoltes, distinctement et séparément des marchandises de son commerce, ne fait pas un acte de commerce.

Il faut donc, pour déterminer le caractère de la vente, avoir égard non-seulement à la qualité de celui qui l'opère, mais encore à l'origine de sa possession. La vente faite par un marchand ou négociant est présumée commerciale, sauf la preuve contraire; celle faite par un non-commerçant ne revêtira ce caractère que s'il est établi que la chose avait été par lui achetée pour la revendre.

Or, cette preuve ne résulterait pas de la simultanéité de l'achat et de la revente, quelque rapprochée qu'en fût l'époque. Il faudrait qu'on justifiât que le premier n'avait pas d'autre but que la seconde. Ainsi le propriétaire, l'agriculteur, achetant des chevaux, des bœufs, des mulets pour ses cultures et les revendant après saison, n'a jamais fait un acte de commerce. Son achat a eu pour principal mobile les besoins de son exploitation, la revente n'est pas une spéculation, elle n'est que la conséquence de l'inutilité de leur conservation, peut-être de l'impossibilité de pourvoir à leur nourriture.

Il en serait de même de celui qui, achetant pour ses besoins personnels et reconnaissant que ce qu'il a acheté excède ses besoins, en revendrait une partie, ou bien la totalité par un revirement de volonté spontané ou forcé, par pur caprice.

Ainsi, pour que la vente soit réputée commerciale, il faut que l'intention de l'opérer ait existé au moment de

l'achat, et en ait été le mobile. A défaut, on ne saurait rencontrer cette pensée de spéculation qui est au fond de toute opération de commerce.

15. — La nature de la vente ainsi déterminée, nous avons à rechercher au point de vue des principes spéciaux ses conditions et ses effets, examiner la doctrine et la jurisprudence, et indiquer les solutions qu'elles ont successivement consacrées sur les difficultés que le contrat, son existence, son caractère peuvent faire surgir; dire les obligations qui en naissent pour le vendeur et l'acheteur respectivement; enfin le mode de preuve qu'il comporte.

SECTION Ire

De la vente, ses conditions, ses effets.

—

SOMMAIRE.

16. Caractère du contrat. Conditions qu'il exige.
17. Tout ce qui a une valeur vénale peut faire la matière d'une vente. Exceptions.
18. En droit commercial, le nom d'un individu peut être acheté ou vendu.
19. L'acheteur a-t-il le droit d'empêcher le vendeur de créer un nouvel établissement du même genre?
20. Le vendeur peut s'en réserver la faculté, expressément ou tacitement. Ses devoirs dans ce cas.
21. La vente de la chose d'autrui est autorisée en commerce.

22. L'acheteur est à l'abri de toute revendication, même en cas de perte ou de vol.
23. Mais il en est passible si les choses achetées ont été prises en mer et déprédées sur un Français.
24. L'ordonnance du 22 septembre 1638 est applicable, quel que soit le pavillon sous lequel les effets français ont été pris.
25. Arrêts des Cours d'Aix et de cassation.
26. Contre qui la revendication peut être exercée dans ce cas ?
27. La disposition de l'article 1601, annulant la vente lorsque la chose vendue n'existe plus au moment du contrat, est inapplicable aux ventes commerciales.
28. Cette inapplicabilité est-elle absolue et sans exception ?
29. Conditions auxquelles se reconnaît l'achat ou la vente à forfait et à tous risques.
30. Hypothèses posées par MM. Delamarre et Lepoitvin. Justesse de leur conclusion.
31. Choses que la loi prohibe de vendre. Nullité du contrat.
32. *Quid*, si le contrat porte cumulativement sur des choses pouvant être vendues, et des choses prohibées. Droits de l'acheteur.
33. Droits du vendeur. Quand et à quelles conditions il peut faire maintenir la vente.
34. On peut vendre une chose future.
35. Effets de l'impossibilité de rien livrer, lorsque la vente a pour objet tout ce qui sera fabriqué pendant un temps convenu.
36. Lorsque la vente porte sur une récolte. Ses effets.
37. *Quid*, si cette dernière est faite en bloc et pour un prix déterminé.
38. Sur quoi porte l'aléa du contrat dans la vente d'un coup de filet, ou des prises qu'un corsaire fera dans tels mois. Conséquences.
39. La chose vendue doit être déterminée. Comment s'individualisent les marchandises.

40. L'omission de la détermination de la qualité entraîne-t-elle la nullité de la vente. Arrêt de la Cour de Metz pour l'affirmative.
41. Examen et discussion.
42. La vente qui n'aurait pas de prix est nulle. Elément du prix commercial.
43. Conséquences quant au juste prix.
44. Il suffit qu'il soit sérieux.
45. En quoi il doit consister.
46. Peut-il être stipulé en denrées ou marchandises.
47. Importance du véritable caractère du contrat en matière commerciale.
48. Le prix stipulé en argent, et plus tard reçu en nature, n'imprime pas au contrat le caractère d'un échange.
49. *Quid*, s'il consiste partie en argent, partie en marchandises.
50. Le prix doit être certain et déterminé. Il est tel s'il est établi par relation d'époques ou de choses.
51. On peut vendre au prix que des tiers auront donné, ou à celui que le vendeur payera lui-même.
52. Ou au prix que la chose vaudra à tel marché.
53. Ou au prix qu'elle sera vendue depuis tel mois jusqu'à tel autre. Comment il est, dans l'un et l'autre cas, procédé à sa détermination.
54. Controverse qu'avait suscité la faculté de déférer à un tiers la détermination du prix. Solution par le Code Napoléon.
55. Est admise dans la vente commerciale. Elle doit être formellement exprimée.
56. Peut-on nommer plusieurs experts ?
57. Doit-on les désigner dans le contrat sous peine de nullité.
58. Opinion pour l'affirmative de MM. Delvincourt et Troplong.
59. Caractère des arrêts invoqués par ce dernier.
60. Discussion.
61. Opinion de Casaregis, de Lucca et Ansaldus.
62. Doctrine de Pothier.

63. Le Code Napoléon n'a pas voulu le contraire.
64. Réfutation de l'opinion qui fait du choix futur des experts une condition potestative.
65. Le recours à justice est interdit lorsque les experts ont été nommés dans l'acte. Arrêt des Cours de Riom et de Cassation.
66. Il est ouvert dans le cas contraire. Doctrine de l'école italienne.
67. Opinion de MM. Duvergier, Delamarre et Lepoitvin.
68. Résumé et conclusion.
69. Le remplacement des experts nommés après, et en exécution de la convention, peut être poursuivi et ordonné en justice.
70. Dans quels cas doit-on nommer le tiers, si les experts sont partagés. Par qui il peut être nommé.
71. Caractère de la vente d'une chose au prix *qu'elle vaut*. Comment se détermine le prix.
72. *Quid* de celle faite pour le *juste prix*.
73. L'expertise peut-elle être attaquée pour exagération ou insuffisance.
74. Caractère de la vente au prix qu'on *m'en* offrira. Doctrine de Pothier.
75. Nature des objections et du reproche que font MM. Delamarre et Lepoitvin.
76. Une convention de ce genre peut valoir comme promesse de la préférence. Conséquences.
77. Cas dans lequel la règle *sine pretio certo nulla venditio*, recevrait exception.
78. Distinction à faire si le prétendu acheteur a revendu la chose. A quoi il est tenu s'il n'était que dépositaire ou consignataire.
79. Prix qu'il doit s'il a revendu avant de déterminer celui de l'achat.
80. Comment se régleraient les fournitures faites en compte courant.
81. Le prix peut être stipulé en services ou travaux. A quelles conditions. Conséquences.
82. Importance de la détermination du caractère de l'acte.

83. Nécessité du consentement respectif des parties. Sur quoi il doit porter.
84. Effet de la divergence de volontés sur le caractère du contrat.
85. Nécessité de s'entendre sur la chose.
86. Et sur le prix. *Quid*, si celui offert par l'acheteur est supérieur à celui demandé par le vendeur.
87. Le concours des volontés doit-il intervenir dès l'origine sur les clauses-conditions de la vente ?
88. Distinction à faire entre les pactes substantiels et les pactes accessoires. Définition de ces derniers.
89. On peut renvoyer à s'en entendre plus tard. Effet de cette stipulation sur la vente.
90. *Secus* pour les pactes substantiels. Leur caractère.
91. Effet du dol, de la fraude, de la violence et de l'erreur sur le consentement.
92. Dans quels cas et à quelles conditions l'erreur faisait-elle annuler la vente.
93. Comment s'apprécie le caractère de l'erreur.
94. Importance des circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi le contrat. Arrêt de la Cour de Paris, qui en fait résulter l'irrecevabilité de la demande.
95. Caractère de cet arrêt. Conséquences de sa spécialité.
96. Arrêt de la Cour de Douai, repoussant la fin de non-recevoir, tirée de ce que l'acheteur a omis de vérifier la qualité.
97. La vente d'une invention brevetée est entachée d'erreur substantielle, si la découverte ne produit pas les résultats promis, ou n'était pas susceptible d'être brevetée.
98. Arrêt de la Cour de Grenoble dans ce sens. Reproches qu'on lui adressait devant la Cour de cassation.
99. Rejet du pourvoi.
100. Comment se détermine l'époque à laquelle le contrat a acquis sa perfection, lorsque le marché a été conclu par correspondance.
101. Caractère de la lettre missive. Conséquence pour la

faculté de retracter l'offre tant qu'elle n'est pas arrivée à celui qui doit la recevoir.

102. La rétractation arrivant après la réception de l'offre n'en produit pas moins ses effets.

103. L'offre même acceptée peut être rétractée tant que la lettre d'acceptation n'a pas été reçue et lue.

104. Distinction que M. Duranton fait à ce sujet.

105. Examen et réfutation.

106. Si celui à qui on demande par lettre une marchandise l'expédie, la vente doit sortir à effet. Opinion de Pothier.

107. Motifs donnés par M. Pardessus.

108. Dans tous les cas l'expéditeur doit être remboursé de tous les frais.

109. Difficultés que peut faire surgir l'existence de la proposition.

110. L'envoi du prix courant n'est pas l'offre de vendre.

111. Distinction que fait M. Pardessus, quant à l'envoi de circulaires.

112. Caractère de cette doctrine, son inadmissibilité.

113. La lettre annonçant *qu'on veut vendre*, est l'offre de vendre.

114. *Secus* si on déclare *je voudrais vendre.*

115. Effets de la perfection de la vente quant aux risques de la chose vendue.

116. Cet effet est acquis lorsque la vente est d'un corps certain et déterminé.

117. Dans la vente d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa qualité, les risques restent au vendeur jusqu'au pesage, comptage ou mesurage.

118. Exception autorisée par l'article 1586, dans la vente en bloc.

119. Difficultés que peut soulever le caractère de la vente.

120. Règles à consulter et à suivre.

121. Doctrine et jurisprudence.

122. Critique par M. Duvergier de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1830.

123. Réfutation.

16. — La vente est un contrat par lequel une des parties s'oblige de livrer ou livre une chose en échange de

laquelle l'autre paye ou s'engage de payer une somme convenue. On ne saurait donc la concevoir sans la réunion de ces trois conditions : Le concours des volontés, une chose, un prix ; *res, pretium, consensus*. Il en est, à raison de ce, de la vente commerciale comme de la vente civile.

17. — Tout ce qui a une valeur vénale, appréciable, peut faire la matière d'un achat ou d'une vente, pourvu toutefois que la chose soit dans le commerce et n'ait pas été frappée d'inaliénabilité, ou qu'une loi spéciale n'en ait pas prohibé l'achat. Par exemple, la loi du 28 mars 1793 défend d'acheter des soldats les armes et effets d'équipements. La même interdiction est faite par des réglements généraux relativement aux effets mobiliers offerts par des inconnus.

18. — En droit commun, le nom d'un individu ne peut être ni acheté ni vendu, il en est autrement dans le commerce.

Le nom d'un commerçant est comme une valeur vénale, pouvant faire la matière d'une vente ; bien souvent ce nom fait toute la richesse d'un établissement, et l'on ne trouverait personne qui voulût traiter de celui-ci si l'impossibilité de conserver l'enseigne venait lui retirer l'élément principal de sa prospérité.

La vente d'un établissement commercial ou industriel doit comprendre tous les accessoires servant à son exploitation, les ustensiles, machines, secrets de la fabrication, etc. Or, de tous ces accessoires le plus précieux sera

bien souvent le nom du fabriquant, qui par sa juste réputation doit attirer et retenir l'achalandage. Aussi est-il compris dans la vente, à moins d'une stipulation contraire, formelle.

19. — Le droit de l'acheteur va-t-il jusqu'à prohiber au vendeur la faculté de créer en son nom un établissement du même genre?

Quelques doutes ont surgi et ont fait contester l'existence de ce droit, s'il n'a été expressément stipulé au traité; nous ne saurions être de cet avis. Pour nous, la solution affirmative de la question résulte forcément de l'effet naturel de la vente.

Celui, dit M. Pardessus, qui vend sans aucune réserve une manufacture établie, opérant par des procédés qui ne sont connus que de lui, est présumé céder non-seulement tout ce qui a concouru à établir la réputation ou la supériorité d'industrie qui en fait tout le prix, par conséquent aliéner la faculté de transmettre ces procédés à un second acheteur, et ne pas avoir entendu se conserver le droit de former personnellement un établissement semblable ou rival.[1]

Or, la réputation d'un établissement est attachée à l'enseigne, c'est-à-dire au nom qui le désigne à la confiance du public; à la dénomination sous laquelle se recommandent ses prodnits, à la marque en indiquant l'origine. L'achat de l'établissement comprend donc forcé-

[1] N° 271.

ment les accessoires qui en sont inséparables ; le prix en a été évidemment calculé sur tous ces éléments.

Donc, si ce prix payé et reçu, le vendeur crée un nouvel établissement en son nom, emploie les mêmes procédés, se sert de ses anciennes marques et dénominations, l'acheteur se trouverait gravement lésé ; on lui reprendrait d'une main ce qu'on lui avait donné de l'autre ; on autoriserait une concurrence dont la prévision seule l'eût peut-être empêché de traiter.

On ne peut facilement présumer qu'il ait accepté une pareille chance. La certitude du contraire resulte, à notre avis, de ce fait seul qu'il est convenu que l'exploitation continuera de se faire sous le nom du vendeur.

La présomption enseignée par M. Pardessus doit donc être d'autant plus admise, qu'elle est plus naturelle, plus équitable, plus conforme aux usages du commerce. Vendre avec l'intention de reprendre le même commerce, la même industrie ; garder par devers soi cette intention, ce serait tendre un piége à l'acheteur, agir déloyalement. On ne saurait donc l'autoriser que si l'acte de cession en exprime la réserve.

20. — Cette réserve, toutefois, n'a pas besoin d'être expresse, les juges peuvent l'induire de l'intention des parties, des termes du contrat. Mais dans ce cas même le nouvel établissement doit se distinguer de l'ancien. Il est évident, dit M. Pardessus, que le vendeur ne pourrait empêcher l'acheteur ni de se dire son successeur, ni de se servir du nom et de la marque de l'établissement

vendu. Si même l'établissement n'était connu que sous le nom propre du vendeur, celui-ci ne pourrait donner, à son nouvel établissement, son propre nom sans y ajouter, ainsi qu'à l'enseigne et aux autres marques, quelque signe indiquant que l'établissement nouveau n'est pas le même que celui précédemment vendu.[1]

21. — La vente de la chose d'autrui est déclarée nulle par l'article 1599 du Code Napoléon. Elle ne peut donner lieu qu'à une allocation de dommages-intérêts en faveur de l'acheteur qui a ignoré que la chose qui lui était vendue appartenait à un autre qu'au vendeur.

Le Code de commerce n'a nulle part abrogé cette règle. Cependant on n'a jamais prétendu l'appliquer à la vente commerciale. Cette inapplicabilité résultait de la spécialité de l'article 1599 du Code Napoléon, ne régissant que les ventes immobilières.

On sait, en effet, que même en droit commun, en fait de meubles la possession valant titre, la vente de la chose dont le vendeur ne serait pas propriétaire serait valable, la revendication n'étant admise qu'en cas de perte ou de vol.

Or les achats et ventes commerciaux n'auront jamais pour objet que des choses ou des valeurs mobilières, et la raison pour les placer sous l'empire de la disposition de l'article 2279 du Code Napoléon était bien plus décisive encore. Ce qui était pure convenance en droit commun était en commerce une invincible nécessité. Il était impossible d'astreindre le commerçant à exiger de son

[1] Ibid.

vendeur la preuve de sa propriété. On n'aurait pu le faire sans méconnaître les nécessités réelles du commerce, sans créer un dangereux obstacle à la rapidité et au développement de ses opérations, c'est-à-dire sans porter atteinte à l'intérêt public lui-même.

Au reste, l'exception à la prohibition de vendre la chose d'autrui résulte en quelque sorte, pour le commerce, de l'article 2280 du Code Napoléon. Ainsi, si pour le citoyen ordinaire l'achat fait dans une foire ou dans un marché ou d'un marchand vendant des choses pareilles, oblige le propriétaire à en restituer le prix, on ne saurait se dissimuler que l'acheteur commercial sera à l'abri des effets de la revendication par la force même des choses, car il aura toujours acheté soit en foire, soit à la bourse, soit à un marchand vendant des choses pareilles.

Or, en commerce, la possession matérielle par le vendeur lui attribue, à défaut de la qualité de propriétaire, celle de commissionnaire. Celui-ci étant autorisé à agir en son nom propre et personnel, quoique pour le compte de son commettant, l'acheteur traitant avec lui n'encourt aucun reproche; il n'a ni qualité ni droit pour vérifier l'origine de la chose qu'il achète; il suffit que le vendeur l'eût en sa possession et l'ait réellement livrée, pour que l'opération produise tous ses effets en sa faveur, et qu'il soit même à l'abri d'une revendication.

La raison de le décider ainsi, toutes les fois que la détention de la chose par le vendeur provient du fait du propriétaire, est évidente. Les conséquences de l'abus de confiance, imputable au commissionnaire, au consignataire, au dépositaire, restent naturellement à la charge de

celui qui a eu le tort de le choisir, il serait injuste de les faire peser sur le tiers qui a traité de bonne foi.

22. — Peut-il, doit-il en être de même dans le cas où la chose a été soustraite par un vol ou perdue par le propriétaire ?

M. Pardessus soutient l'affirmative, l'unique droit qu'il reconnaît dans ce cas aux tribunaux, est d'apprécier les circonstances pour rechercher si celui qui a acheté n'a pas violé les règlements généraux ou ceux de sa profession, en achetant de personnes inconnues ou suspectes.[1]

MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent l'opinion contraire, ils l'étayent sur le caractère des articles 2279 et 2280 du Code Napoléon qui, ne distinguant pas, doivent recevoir leur application même en matière de commerce. Ils estiment en conséquence que l'acheteur, négociant ou marchand, d'une chose perdue ou volée, n'en devient possesseur légitime que dans le cas prévu par l'article 2280, et sous la condition du réméré de trois ans que l'article 2279 réserve au véritable propriétaire.[2]

Nous avons déjà dit que les articles 2279 et 2280 ne régissaient que les achats et ventes ordinaires, la place qu'ils occupent dans le Code civil, la différence entre cette législation et le droit commercial ne permettent pas de douter de cette affectation spéciale.[3]

Elle résulterait d'ailleurs du texte même de leurs dispositions. L'article 2279 admet la revendication du pro-

[1] N° 272.
[2] T. III, n° 75.

priétaire pendant trois ans. Or était-il possible de prévoir que celui qui achète pour revendre aurait encore la chose en sa possession pendant ce laps de temps ?

On aurait donc concédé une faculté avec la certitude de l'impossibilité de son exercice, à moins de soutenir sa recevabilité alors même que pendant ce délai de trois ans la chose eût passé en trente mains.

L'article 2279 suppose donc un achat destiné à conserver la chose, et exclut par conséquent de sa disposition celui qui, ne constituant qu'un trafic, n'est contracté qu'en vue d'une revente immédiate.

Cette exclusion était d'ailleurs en quelque sorte commandée par le caractère de la législation commerciale. Ses éléments essentiels. MM. Delamarre et Lépoitvin nous le disent eux-mêmes, sont : la bonne foi, l'équité, l'intérêt du commerce ; or est-il rien de plus antipathique à ces éléments que la dépossession autorisée par les articles 2279 et 2280 ? Comprendrait-on l'annulation d'un achat contracté à la bourse ou par le ministère de courtiers.

Puis si la chose achetée, introduite dans les magasins de l'acheteur, y a été confondue avec d'autres de même nature, existera-t-elle encore ? Sa revendication ne deviendra-t-elle pas l'objet de difficultés sérieuses et réelles.

On ne saurait admettre que le législateur ait entendu autoriser un tel état des choses qui, laissant la propriété en suspend, était de nature à nuire au développement des opérations commerciales.

L'achat commercial n'est donc reprochable que par les circonstances dans lesquelles il a été contracté. M. Pardessus a dès-lors raison en bornant les attributions du

juge, en ce qui le concerne, à la recherche et à l'appréciation de ces circonstances. La loi ne doit aucune protection à celui qui a meconnu et violé les devoirs qu'elle-même lui imposait ; l'achat fait par un commerçant contrairement aux réglements généraux ou spéciaux de sa profession tombe sous le coup de l'article 2279, mais cet article, comme l'article 2280, ne saurait régir les achats légalement et régulièrement contractés.

23. — La revendication de la chose en nature est autorisée en commerce, outre le cas de faillite, lorsque la chose avait été prise en mer et déprédée sur nos nationaux ; la déclaration du 22 septembre 1638, dont l'autorité ne saurait être méconnue, ne laisse aucun doute à cet égard.

Les motifs qui dictèrent ce monument de législation lui assuraient l'assentiment du législateur subséquent, et devaient faire respecter ses dispositions. Les voici tels qu'ils sont exposés dans le préambule :

« La facilité que les ennemis de notre Etat ont trouvé ès pays de ceux qui les favorisent, même dans nos états sous le nom des étrangers, de débiter les marchandises qu'ils prennent sur nos sujets, leur a donné la hardiesse de venir jusque sur nos côtes plus librement qu'ils n'auraient fait s'ils n'avaient trouvé ce secours et des étrangers et des marchands de notre royaume, lesquels, préférant leur profit au bien de l'Etat et à la compassion qu'ils doivent avoir de la perte faite par ceux de leur pays, achètent librement ces marchandises, à quoi il est nécessaire de pourvoir pour empêcher la ruine de nos sujets qui tra-

fiquent sur mer, desquels nous voulons avoir un soin particulier. »

En conséquence, l'importation et la vente des effets pris en mer et déprédés sur des Français sont prohibées d'une manière générale et absolue sur tout le territoire de la France, sous peines : contre les importateurs nationaux ou étrangers, non-seulement de la confiscation des effets, mais encore de celle du navire et de tout ce qu'il a à bord; contre les acheteurs, de la confiscation des choses achetées, d'une amende de 10,000 livres pour la première fois; de peine corporelle pour la seconde.

La confiscation au profit de l'Etat était bien une peine pour le violateur de la prohibition légale, mais elle ne pouvait donner au commerce maritime la protection qu'on voulait lui assurer. Que devenait en effet la mesure, si les effets pris et déprédés passaient des mains du capteur ou de l'acheteur dans celles de l'Etat? Où était l'avantage pour celui à qui ces effets avaient appartenu?

Le législateur de 1638 l'avait compris, aussi disposait-il que le tiers des confiscations et amendes appartiendrait au dénonciateur, et les deux autres tiers à ceux qui justifieraient de la propriété des choses prises et déprédées.

Il n'y a donc pas à hésiter sur l'esprit de la déclaration de 1638; ce qu'elle veut, c'est la remise en possession de celui que la course avait dépouillé, elle autorisait par cela même la révendication qui devait amener cette reprise de possession.

La prohibition d'importer et de vendre en France les prises faites sur les Français ne concernait et ne pouvait concerner que le capteur lui-même et son acheteur

direct. Celui-ci, en effet, traitant avec un corsaire, ne pouvait rationnellement prétendre avoir ignoré l'origine de ce qu'il achetait ; il se substituait d'ailleurs à son vendeur et n'acquérait que le droit tel que celui-ci le possédait, c'est-à-dire résoluble en cas de rentrée en France des marchandises faisant l'objet de la vente, et subordonné aux effets de la confiscation ou de la revendication.

Mais ce qui était juste pour le premier acheteur, eût été une iniquité pour l'acheteur de seconde ou troisième main. Celui-ci, traitant avec un commerçant, n'avait pas à s'enquérir de l'origine de la possession de celui-ci, il devait et pouvait la croire légitime. Sa bonne foi le mettait donc à l'abri des mesures autorisées par la loi. Les effets importés en France ne pourraient lui être enlevés que par la preuve qu'il n'était que le prête-nom complaisant du premier acheteur ; que son concours avait pour but unique de soustraire celui-ci à l'application de la loi.

La faculté d'importer en France les effets déprédés sur des Français reconnue à l'acheteur de seconde ou de troisième main, ne pouvait dans aucun cas être contestée au propriétaire de ces effets. Il ne pouvait entrer dans la pensée du législateur d'empêcher celui-ci soit de racheter du capteur, soit d'acheter les marchandises exposées en vente par celui-ci ; et, dans l'un ou l'autre cas, d'en disposer à sa volonté.

C'est en effet son intérêt qui a dicté la prohibition d'importer. On a voulu, disait Émérigon, priver les ennemis de la facilité de débiter les marchandises qu'ils prennent sur nous, et ralentir la hardiesse qu'ils auraient de venir sur nos côtes s'ils trouvaient aisément à

vendre les effets déprédés, en un mot, tempérer la vivacité de leurs croisiéres, par l'embarras de nos propres dépouilles.[1]

Mais plus le capteur était embarrassé de ces dépouilles, et plus il devait être tenté de s'en débarrasser à tout prix. Leur achat devait donc procurer un bénéfice qui, pour l'ancien propriétaire, devenait un allégement à la perte que la prise lui faisait subir. C'eût été, ajoute Emérigon, manquer de compassion que de le priver de cette triste ressource.

L'esprit de la déclaration de 1638 absolvait son auteur de tout reproche de ce genre. Mais pour que nul ne songeât à le lui adresser, il a cru devoir s'en expliquer nettement, en déclarant : *N'entendons toutefois comprendre en la présente déclaration les marchands sur lesquels les marchandises auront été prises en mer, lesquels pourront les racheter ou faire racheter hors du royaume, et les rapporter en icelui.*

Cette déclaration n'a jamais cessé d'être obligatoire, mais ses dispositions expliquent la rareté de son application. Nos recueils de jurisprudence n'en mentionnent qu'un seul exemple.

24. — L'autorité de la déclaration de 1638 n'était dans l'espèce ni méconnue ni contestée. On soutenait qu'il n'y avait pas moyen de l'invoquer parce que les choses revendiquées ayant été embarquées sous pavillon

[1] *Dissertation à la suite du traité des prises*, par Valin.

neutre, et prises par un ennemi de ce pavillon, n'avaient pas été déprédées sur des Français.

C'était là interpréter singulièrement la déclaration de 1638, et autoriser le résultat qu'elle a entendu prévenir, c'est-à-dire la dépossession définitive de nos nationaux. La généralité de ses termes enlève tout doute. Que les effets français soient pris sous pavillon français ou sous pavillon neutre, ils n'en sont pas moins pris et la perte n'est pas moins certaine. Aussi le législateur ne distingue-t-il pas, son dispositif prohibe *d'apporter et de vendre dans le royaume, sous quelque prétexte que ce soit, les effets et marchandises prises en mer et déprédées sur les Français.*

Le fait par les sujets des parties belligérantes, d'emprunter un pavillon neutre, est une sage précaution qui diminue les risques du voyage, qui n'a rien d'illicite. Elle ne pouvait donc rationnellement avoir pour résultat d'enlever à notre commerce la protection dont on l'entourait si justement.

Le législateur pouvait-il d'ailleurs reconnaître à l'ennemi du neutre un droit qu'il refuse au neutre lui-même. Ainsi l'article 5 de l'édit de février 1650 défend *à tous gouverneurs de villes, places et châteaux de souffrir dans leurs ports et rades, plus de vingt-quatre heures, aucuns capitaines de vaisseau ayant commission étrangère qui aient fait des prises, si ce n'est qu'ils aient relâché et soient contraints d'y demeurer par mauvais temps ; et encore à la charge de n'y vendre ou laisser aucune marchandise par eux prise, en quelque sorte et manière que ce soit..... Enjoint toute-*

fois auxdits gouverneurs de permettre auxdits capitaines ayant commission étrangères de mener lesdites prises ailleurs où bon leur semblera, excepté les choses et marchandises qui se trouveront en leurs vaisseaux appartenir à nos sujets, lesquelles nous entendons leur être rendues, étant par eux réclamées et qui auront été vérifiées leur appartenir. Ces dispositions sont textuellement reproduites par les articles 14 et 15 du titre IX, livre III de l'ordonnance de 1681.

Ainsi, sous quelque pavillon que la marchandise française ait été prise, son introduction en France par le capteur ou son acheteur direct ouvre le droit de la revendiquer en faveur de l'ancien propriétaire, et sans qu'il soit tenu envers ce dernier au remboursement du prix qu'il a payé. La distinction qu'on établissait n'ayant aucun fondement légal devait être repoussée et le fut en effet dans l'hypothèse suivante.

25. — En octobre 1807, le navire français le *Carlo-Felice*, naviguant sous pavillon sarde par suite d'une autorisation spéciale, est capturé par une frégate algérienne. Conduit à Alger, le navire et sa cargaison, consistant en 3,000 quintaux soude, sont déclarés de bonne prise, comme propriétés sardes, par suite de l'état d'hostilité entre la Sardaigne et la régence.

Ces soudes vendues à l'encan sont adjugées au sieur Backri, au prix de 12,000 fr.

1,200 quintaux de ces soudes sont par celui-ci expédiées à Marseille à bord du navire *Massaouda*, à la con-

signation des sieurs Majastre et Cie. A leur arrivée, ils sont revendiqués par la maison Roux et Cie.

A l'appui de leur demande Roux et Cie prouvent que le *Carlo-Felice* avait été francisé ; que pour le soustraire aux croiseurs anglais, le ministre de la marine avait permis de le faire naviguer sous pavillon étranger neutre ; qu'ils l'avaient frété et employé sous pavillon sarde à deux voyages en Sicile, que lors du dernier voyage il s'était rendu à Cagliari pour prendre des expéditions sardes, et ensuite à Trapani pour effectuer son chargement de soude qu'il devait transporter à Marseille où sa capture l'avait empêché de parvenir.

Ces allégations trouvaient leur confirmation dans une pièce versée au procès par Backri lui-même. Celui-ci, en effet, en expédiant les soudes à Marseille, avait cru devoir en faire constater l'origine. Il avait donc sollicité et obtenu du consul français à Alger un certificat donnant l'historique de la navigation du *Carlo-Felice* de Marseille à Cagliari et à Trapani, où s'était opéré le chargement.

Ce certificat atteste ensuite qu'après son départ de Trapani, le *Carlo-Felice* fut rencontré le 15 octobre par une frégate algérienne qui le héla et l'aborda vers la nuit ; qu'ayant envoyé sa chaloupe à bord de cette frégate qu'il crut anglaise, son capitaine de pavillon sarde se fit connaître pour tel en représentant au Rays le passeport de son prince ;

« Que le bâtiment fut amariné malgré que le capitaine Audibert représentât ensuite les passeports français, qui ont été niés par le Rays ; qu'arrivée à Alger, sa cargaison

fut vendue à l'encan par la régence et adjugée audit sieur Backri, comme propriété ennemie;

« Que le capitaine Audibert, qui fut fait esclave, puis délivré, avait déclaré que les soudes avaient été chargées de Sicile pour le compte de MM. François Roux et Cie, de Marseille, ainsi qu'eux-mêmes nous l'ont mandé. »

Ainsi, bien avant leur demande en revendication, Roux et Cie avaient manifesté leur droit à la propriété des soudes, et Backri ne l'avait pas ignoré. Aussi le tribunal de commerce de Marseille et la Cour d'Aix déclarent que des termes mêmes du certificat résulte la preuve que les soudes ont été prises et déprédées sur des Français, et consacrent la revendication par application de la déclaration de 1638.

Backri, s'étant pourvu en cassation, soutient que la marchandise ayant été déclarée de bonne prise parce que, d'origine sarde, nul ne pouvait prétendre lui assigner un autre origine.

Mais, répondait M. le procureur général Merlin, en admettant qu'il en fût ainsi en règle ordinaire, il doit en être autrement lorsque la marchandise capturée sur un Français est amenée, soit par le capteur, soit par son ayant droit, dans un port de France; et ce qui le prouve, c'est que la déclaration de 1638 veut expressément qu'en ce cas le Français soit admis par les juges de sa nation *à justifier ladite marchandise lui appartenir*; c'est qu'elle veut qu'il soit admis à cette preuve, même lorsque sa marchandise *a été vendue en pays étranger*, et par une conséquence nécessaire, lorsqu'il a été rendu en pays étranger un jugement qui l'a déclarée de bonne prise;

c'est qu'en disposant ainsi elle ne distingue pas si le capteur est ennemi ou neutre ; c'est qu'en admettant le Français *à justifier* que la marchandise capturée par un neutre, et jugée de bonne prise en pays étranger, lui appartenait avant la capture, elle suppose évidemment que cette marchandise n'a été jugée de bonne prise en pays étranger que sur le fondement qu'elle n'appartenait pas à un Français, et qu'elle était propriété ennemie ; c'est, en un mot, qu'elle établit, pour le cas où une marchandise capturée par un neutre sur un Français est amenée en France, une exception à la règle générale sur l'effet des jugements rendus dans les pays étrangers en matière de prises ; c'est qu'elle forme, pour ce cas, une loi spéciale, et que, suivant la loi 80, Dig. *De regulis juris,* la loi générale doit toujours fléchir devant la loi spéciale qui la contrarie.[1]

Merlin concluait donc au rejet du pourvoi, et c'est ce rejet que la Cour suprême consacre par arrêt du 19 octobre 1809.

« Attendu 1° que de la déclaration des 22 septembre 1638 et autres lois postérieures, il résulte clairement que ses dispositions comprennent généralement toutes marchandises prises en mer et déprédées sur des sujets français introduites en France, soit qu'elles aient été capturées par des neutres ou par des ennemis de l'Etat, soit qu'elles l'aient été sur des sujets d'une puissance en guerre avec le capteur, sous le nom desquels elles étaient simulées, ou directement, nommément et à découvert sur

[1] *Quest.*, V. *Pris. marit.*, § 4.

un sujet français ; que par suite, loin d'avoir violé cette déclaration, l'arrêt attaqué en a fait une juste application à l'espèce ;

« Attendu 2° qu'aux termes de cette même déclaration les tribunaux français sont spécialement investis du pouvoir de faire toutes les vérifications nécessaires pour en atteindre l'objet et en faire l'application ; que par conséquent l'arrêt attaqué ne présente non plus aucun excès de pouvoir. »

Ainsi, de quelque manière qu'elle ait été prise, par l'ennemi ou par un neutre, la marchandise déprédée sur des Français ne peut être importée et vendue en France. Si elle y arrive par le fait du capteur on de son acheteur direct, son ancien propriétaire est en droit d'en exiger la restitution, à la condition d'établir sa propriété. La déclaration de validité de la prise ne saurait créer contre lui une fin de non-recevoir quelconque.

Qu'on ne dise pas qu'en le consacrant la jurisprudence a méconnu ou violé le droit international. La déclaration de 1638 n'a pas entendu porter atteinte au jugement qui valide la prise ; ce jugement profite au capteur ou à ses ayants droit, mais il ne saurait avoir pour effet d'autoriser l'introduction dans un autre pays d'objets que, par des motifs d'intérêt public, la législation de ce dernier défend d'y importer.

En réalité, la déclaration de 1638 ne fait que sanctionner cette prohibition pour les choses prises en mer et déprédées sur des Français, et son observation, obligatoire pour nos nationaux, ne l'est pas moins pour les étrangers qui, demandant la protection de nos lois, doivent en res-

pecter toutes les prescriptions. On ne saurait surtout les autoriser à consommer un acte considéré et puni comme un délit.

26. — Ils doivent donc subir la revendication à laquelle d'ailleurs ils se sont volontairement exposés. Que ne disposaient-ils ailleurs des effets que la validité de la prise avait légalement placés en leurs mains. Le but de spéculation qui les amenait en France ne pouvait préoccuper notre législateur ni le déterminer à lui sacrifier l'intérêt du commerce national, le droit des gens luimême n'a jamais pu exiger ni autoriser ce sacrifice.

D'ailleurs, en ne soumettant aux effets de la revendication que le capteur ou son acheteur direct, la déclaration de 1638 a accordé au commerce étranger toute la protection qu'il pouvait raisonnablement exiger.

27. — L'article 1601 du Code Napoléon exige pour la validité de la vente que la chose qui en fait la matière existe au moment du contrat. En conséquence, la convention est annulée si, avant, la chose a péri en tout ou en partie. L'ignorance et la bonne foi des parties ne créeraient aucun obstacle à ce résultat.

Devait-on, pouvait-on appliquer cette règle aux transactions commerciales? La discussion de l'article 1601, au conseil d'État, ne laisse aucun doute sur l'intention du législateur. L'affimative eût trop ouvertement méconnu les usages et les besoins du commerce.

Ainsi, disait M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely, lorsqu'on achète un vaisseau actuellement en mer, la

vente est valable quoique le bâtiment eût péri au moment où elle a été consommée.

Cela admis, M. Béranger proposait d'inscrire l'exception dans l'article 1601. M. Tronchet répondit que c'était inutile. Il a été convenu, disait-il, que les dispositions du Code civil ne s'appliquaient point aux affaires de commerce, à quoi bon dès-lors l'exception proposée?

La discussion se termine sur cette observation de MM. Regnault et Begouen; il est convenu que l'article 1601 ne s'applique pas au commerce. Il n'y a donc point de difficultés à l'adopter.[1]

28. — Suit-il de cette discussion que la vente commerciale est d'une manière générale, absolue et dans tous les cas en dehors de la règle de l'article 1601? Mais, comme l'observait avec raison M. Portalis, dans le commerce il faut une matière au contrat de vente, et comment l'admettre en l'absence de cette condition essentielle.

Il est impossible que cette observation ait été méconnue par le législateur, et son incontestable justesse explique pourquoi on n'a pas inscrit dans l'article 1601 son inapplicabilité à la matière commerciale. Il ne pouvait en résulter que des difficultés et des chicanes qu'il était essentiel de prévenir.

Dans le commerce, d'ailleurs, on vend le plus communément une quantité d'une telle chose, cent hectolitres de blé, cinquante pièces de vin, etc...... Peu importe que le vendeur n'ait pas la chose vendue en sa posses-

[1] Locré, t. 14, p. 53 et 54.

sion, la chose n'en existe pas moins dans le commerce et il pourra toujours se la procurer. Vainement prétendrait-il qu'il n'a vendu et voulu vendre que ce qu'il croyait posséder réellement et qu'il ignorait avoir péri. Le défaut de détermination de la chose ne permettrait pas d'accueillir sa prétention, et la vente ayant une matière réelle et certaine devrait sortir à effet.

Supposez, au contraire, qu'il ait été vendu un objet spécifié et déterminé, la marchandise existant dans un tel magasin, ou à bord de tel navire. Il est évident que si, au moment du contrat, la chose avait péri, que si toute délivrance était impossible, il n'y aurait pas eu de vente, et la résiliation pure et simple du contrat ne saurait être ici ni contestée, ni refusée, à moins que le danger réciproquement connu et apprécié, ses conséquences aient fait la matière du contrat.

C'est à ce point de vue qu'on doit considérer la vente d'un navire en cours de navigation. Dire avec M. Regnault qu'elle est valable dans tous les cas et malgré que le navire eût péri avant le contrat, ce serait méconnaître les principes, tout comme de déduire fatalement de cette perte la nullité absolue de la vente. La seule règle en cette matière, est, pour les magistrats, l'intention réelle des parties.

Il peut se faire, en effet, que la probabilité, que l'imminence de la perte soit entrée pour beaucoup dans la détermination des conditions et du prix de la vente. Le vendeur aura voulu précisément s'exonérer de la perte; l'acheteur s'en charger dans l'espoir qu'elle n'est pas réalisée, qu'elle ne se réalisera pas.

En un mot, l'opération ne sera qu'une spéculation dans laquelle l'un s'imposera une perte pour en éviter une plus considérable; l'autre acceptera la chance de perdre ce qu'il donne en vue du bénéfice que la conservation et l'heureux retour du navire doit lui assurer.

Dans ce cas, la matière réelle de la vente est moins la valeur vraie du navire que la chance qu'il a de succomber ou d'échapper au danger qui le menace. On ne saurait donc annuler la vente sans en méconnaître le caractère. C'est un forfait qui a été réciproquement convenu et accepté. Chacune des parties doit dès-lors subir les conséquences dont elle s'est volontairement chargée.

« Chaque fois, dit M. Pardessus, que l'acheteur prend sur lui les risques qui peuvent faire que, par suite d'événements indépendants du fait du vendeur, la chose ne lui soit pas livrée, ou ne le soit pas avec la qualité convenue, il y a vente à forfait, valable quoique la chose eût péri, ou n'existât plus au moment du contrat. Ainsi, on peut vendre un navire en déclarant que si, au moment où l'on contracte, il se trouve que le navire a été détruit ou pris par l'ennemi ou par les pirates, l'acheteur n'en payera pas moins le prix convenu, pourvu que l'événement fût ignoré du vendeur, ou qu'on ne puisse le lui imputer.[1]

Mais on ne saurait évidemment le décider ainsi si la vente a été pure et simple, si elle a été contractée en vue de la possession du navire que l'un a entendu livrer et l'autre recevoir. L'absence de tout aléa dans la pensée

N° 304.

commune des parties placerait la vente sous l'empire de la régle ordinaire sur les conditions de sa validité; elle serait donc nulle si, le navire ayant péri avant le contrat, elle manquait de la chose qui en faisait la matière.

L'article 1601 du Code Napoléon n'est donc ni absolument applicable, ni absolument inapplicable à la vente commerciale, tout dépend de la nature de la vente, des termes du contrat, de l'intention des parties. Nous croyons que c'est là le motif qui a empêché d'inscrire dans l'article l'exception sollicitée en faveur du commerce. Juste dans un cas, cette exception eût, dans l'autre, favorisé la déloyauté et la mauvaise foi, puisque la perte se réalisant, l'acheteur qui, dans l'hypothèse contraire, n'aurait pas manqué de s'appliquer le profit, serait autorisé à s'exonérer de la chance sans laquelle le contrat n'eût jamais existé. Il était donc rationnel, équitable et juste de s'en référer à l'appréciation du juge, de lui laisser toute latitude, et c'est ce qui résulte du silence gardé par l'article 1601.

29. — Cette appréciation n'offre aucune difficulté lorsque les termes de la convention sont explicites et formels, qu'il y est dit que l'acheteur, instruit du danger que court la chose vendue, traite à forfait et prend à sa charge les risques et la perte.

Mais ces stipulations peuvent avoir été omises, quoique l'intention commune ait été de traiter à ces conditions, c'est alors cette intention qu'il faut rechercher et établir. On comprend dès-lors l'impossibilité de tracer

une règle précise et uniforme ; dans une recherche de ce genre, le juge est un juré n'ayant d'autre guide, d'autres éléments de conviction que les inspirations de sa conscience.

Il est cependant certaines circonstances de nature à influer sur la décision. Ainsi la certitude du danger auquel la chose est actuellement exposée ; la connaissance qu'en ont l'une et l'autre partie rendraient l'achat à tous risques présumable. Il est peu probable, en effet, que celui qui traite en vue de la chose qui lui est plus ou moins indispensable, en achète une qu'il sait fort bien qu'on ne pourra pas lui livrer peut-être ; que le vendeur lui-même en reçoive le prix aujourd'hui que sous la condition de le restituer demain.

La position actuelle du navire vendu et acheté est donc une circonstance grave et qui doit être mûrement examinée. Mais pour qu'il soit reconnu en danger, il ne suffit pas d'une probabilité ordinaire, ainsi un navire en cours de voyage est toujours plus ou moins exposé, mais on ne saurait concevoir des inquiétudes et des craintes sérieuses que si le délai probable du voyage était expiré sans qu'il fût arrivé à sa destination ; que si des nouvelles certaines annonçaient des mauvais temps et des tempêtes dans les parages qu'il avait à traverser.

La connaissance de cet état des choses, que l'acheteur aurait eue ou qu'on lui aurait donnée, créerait un préjugé sur le caractère de la vente, préjugé qui trouverait une haute confirmation dans la vileté du prix convenu. Le désir, le besoin de vendre explique sans doute le sacrifice que s'impose souvent le vendeur, mais en tant qu'il n'at-

teint qu'à de certaines limites. Si ces limites sont évidemment dépassées, si le prix est en dehors de toute proportion avec la valeur vraie de la chose, le sacrifice n'a plus sa raison d'être dans la volonté, ni même dans la nécessité de vendre ; ce qui est raisonnable, c'est qu'on a fait la part du danger auquel on savait la chose exposée, et qui lui faisait perdre une grande partie de sa valeur, *minuitum pretium rei sitæ in loco periculis obnoxio* ; et comme la chance de perte se rachète à prix d'argent, *periculum pecunia œtimatur*, la disproportion entre le prix et la valeur peut être considérée comme le rachat de cette chance acceptée en vue du bénéfice qui devait résulter de la chance contraire.

La coïncidence de la connaissance du danger et de la vileté du prix serait décisive et suppléerait au silence du contrat. Elle fait de la vente une spéculation dans laquelle l'un accepte une perte partielle pour en éviter une totale ; l'autre sacrifie une somme déterminée dans l'espérance d'en gagner une plus considérable. La parfaite légalité de l'acte en assure les effets envers et contre toutes les parties.

30. — Qu'on nous permette, comme résumé de nos observations sur ce point, d'emprunter à MM. Delamarre et Lepoitvin quelques lignes qui ont le mérite de placer l'exemple à côté de la théorie.

« Tranchons le différend par moitié, me dit Jacques, vous me donniez hier 24,000 fr. de mon brigantin *le Furet*, que vous vîtes appareiller, j'en demandais 26,000, et, devis en mains, il m'en coûta 30,000 l'an passé, le

voulez-vous pour 25,000 ? Va pour 25,000, repliqué-je, et je compte la somme à Jacques.

« Ce petit navire ne vous suffirait pas, me dit Pierre qui était présent au marché, ce qu'il vous faut, c'est un navire comme mon trois-mâts *le Cher-Aimé*, par malheur il me donne de l'inquiétude ; parti de Bourbon le 1er mai dernier, il devrait être arrivé depuis plus d'un mois, et pourtant point de nouvelles. Heureusement on ne parle à la bourse ni de tempêtes ni de naufrages. Vous savez que le navire est bon, bien commandé, il y a 18 mois la construction en a coûté 100,000 fr: et il les vaut bien encore, car vous n'ignorez pas que je l'ai fait doubler en zinc, m'en donnez-vous 40,000 ?

« Vous êtes dans l'erreur, dis-je à Pierre. Il y a eu un coup de vent ; deux navires ont péri corps et biens, quels sont-ils, on l'ignore. Voici une lettre qui m'annonce le sinistre.

« Pierre ayant lu la lettre et fait ses réflexions, nous traitons à 25,000 fr.[1]

MM. Delamarre et Lepoitvin estiment avec raison qu'il n'y a pas à hésiter. L'achat fait de Jacques l'a été en vue de la possession du navire et devrait être suivi de livraison, en conséquence si le navire perdu ou pris au moment du contrat, cette livraison était devenue impossible, le contrat doit être résilié.

Dans l'opération avec Pierre, ce que je me suis proposé, c'est moins la possession matérielle du navire que la chance d'un bénéfice considérable. J'ai joué 25,000 fr.

[1] T. 3, n° 69.

contre 100,000, et la validité incontestable de l'opération, aux yeux de la loi, aux yeux de la morale elle-même, repousse énergiquement la prétention de se refuser à son exécution.

31. — La vente de choses que la loi prohibe de vendre est nulle et de nul effet, celle par exemple des objets pris en mer et déprédés sur des Français. Il est évident que celui qui ignorant leur origine les aurait achetés en France du capteur qui les y aurait introduits, et qui viendrait à la connaître avant d'avoir exécuté le marché, ne pourrait être contraint à s'en livrer, il serait au contraire recevable et fondé à faire résilier la vente. La déclaration de 1638 lui en fait même un devoir.

Ainsi encore de la vente de grains en vert et encore pendant par racine. La violation de la prohibition à ce sujet ne créerait ni obligation ni droit, aucune des parties ne pourrait contraindre l'autre à exécuter le contrat. Les tribunaux devraient en prononcer la résiliation, même d'office.

Le tribunal de commerce et la Cour de Paris n'ont pas hésité à le faire pour une vente en gros à la criée faite en dehors des conditions prescrites par la loi du 28 mai 1858, et le règlement d'administration publique du 12 mars 1859.

On sait que cette loi autorise les ventes en gros à la criée de certaines marchandises sans l'autorisation du tribunal de commerce. Mais le règlement pris en exécution de la loi exige entre autres que, deux jours au moins avant la vente, le public soit admis à examiner et à véri-

fier les marchandises, et que toute facilité lui soit donnée à cet égard.

Un sieur Durand, qui avait traité avec les bouchers de Paris des peaux de bœuf à abattre, vendait à la criée, le dernier jour de chaque mois, les peaux qu'il devait recevoir dans le courant du mois suivant.

Des difficultés s'étant élevées sur l'exécution de l'une de ces ventes, on recourut à la justice pour les résoudre

Mais le tribunal de commerce ne crut pas devoir les examiner, et, suppléant au silence des parties, il annule d'office la vente qui, faite contrairement aux prescriptions légales, ne pouvait devenir la matière d'une action en justice. Sur l'appel, le jugement était confirmé par arrêt du 10 août 1861.[1]

La Cour considère que le règlement général d'administration publique du 12 mars 1859, complément de la loi du 28 mai 1858, sur les magasins généraux, et la loi du même jour sur les ventes publiques de marchandises en gros, et pris en conséquence de l'article 14 de la première de ces lois, et de l'article 7 de la seconde, dans le but de prévenir des contestations entre les acheteurs et les vendeurs, des méprises et des tromperies sur la nature des marchandises vendues, afin d'assurer une parfaite loyauté dans les ventes et de mettre obstacle à des ventes de pur jeu de marchandises n'existant pas dans les mains du vendeur, a, d'une manière générale, par les articles 20, 21 et 23, ordonné l'exposition publique préalable, après annonces, des marchandises mises aux en-

[1] *Gazette des Tribunaux*, du 14 août 1861, n° 10728.

chères ; que les dispositions absolues desdits articles d'ordre public ne peuvent être méconnues sans entraîner la nullité des ventes opérées sans les garanties imposées par la législation ; que le tribunal de commerce a justement d'office refusé d'admettre les conclusions prises par les parties sur une vente entachée de nullité pour infraction à un règlement d'ordre public.

32. — Donc la vente d'un objet que la loi prohibe de vendre, ou exécutée en dehors du mode qu'elle détermine, est nulle et ne peut donner naissance à une action en justice. Les tribunaux doivent d'office prononcer cette nullité, si les parties omettaient de l'invoquer.

Mais l'indisponibilité de la chose, ou la forme dans laquelle elle doit être vendue, ne peut résulter que d'une disposition expresse et formelle. On ne saurait dès-lors supposer qu'il puisse s'élever un doute sérieux sur l'une ou sur l'autre.

Aussi, l'unique difficulté dont se soit préoccupée la doctrine est celle de savoir ce qu'il doit en être d'une vente comprenant cumulativement des choses vendables et d'autres qui ne le sont pas, soit par suite de la prohibition de la loi, soit parce qu'elles auraient péri avant le contrat.

La solution tient à la nature des stipulations. Si les choses ont été vendues distinctement chacune pour un prix déterminé, il y a, quoique dans un seul et même acte, autant de contrats qu'il y a d'objets différents : *Tot*

sunt stipulationes quot res, quot species, quot summæ.[1]

On doit donc respecter et maintenir la vente pour tous les objets qui ont pu légalement en faire la matière; annuler et résilier les conventions non susceptibles de recevoir leur exécution.

Si la vente a été faite en bloc et pour un seul prix, elle est nulle pour le tout, et c'est encorce ce que décidait la raison écrite : *Si duos quis servos emit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat venditio.*[2]

Cette disposition a son fondement dans cette circonstance que dès qu'il faudrait recourir à une ventilation dont le mérite serait contesté, il n'y aurait plus concours des volontés sur le prix. La vente manquerait donc d'une de ses conditions essentielles. Elle serait nulle.

On ne pourrait la maintenir que si l'acheteur, ne recevant que les objets encore existants ou légalement vendus, consentait à payer la totalité du prix stipulé pour l'ensemble. Où serait l'intérêt du vendeur à décliner cet offre et comment lui en concéder le droit? Sa prétention serait donc repoussée. Contraire à la raison, elle tomberait sous l'empire de la régle édictée par le numéro 3 de l'article 1182 du Code Napoléon.

33. — A cette exception à la nullité de la vente en faveur de l'acheteur, s'en réunit une seconde dans l'in-

[1] L. 29, Dig. *de Verb. oblig.*
[2] L. 44, Dig. *de Contrah. empt*

térêt du vendeur. Il peut demander et obtenir l'exécution du contrat si la chose qu'il ne peut livrer n'est qu'un pur accessoire de celle qui a fait l'objet principal de la vente.

Mais sa prétention ne saurait être accueillie qu'aux conditions suivantes :

1° Que l'accessoire soit de telle nature que son défaut n'eût pas empêché la conclusion du marché. Cette appréciation du caractère du contrat est du domaine souvrain du juge, elle obéit à la règle de l'article 1156 du Code Napoléon.

Cette condition ne peut se rencontrer dans la vente d'un assortiment, d'une collection. Il n'y a plus alors à vrai dire, ni principal, ni accessoire. Ce qui a fait la matière de la vente, ce qui en a déterminé le prix, ce sont les diverses parties constituant l'un et l'autre et se donnant réciproquement de la valeur. C'est donc leur ensemble qui a été réellement acheté, qui doit être livré, à peine de voir résilier le contrat ;

2° Que le vendeur ait agi de bonne foi et dans l'ignorance de la perte de la chose. Vendre ce qu'on sait ne plus exister, c'est commettre un dol dont les effets ne peuvent être subordonnés au plus ou moins d'importance de la chose. Dans quelques proportions qu'il ait été commis, le dol est insusceptible de créer un droit et une obligation.

La réunion de ces conditions pourra faire maintenir la vente, mais le prix stipulé doit subir une réduction proportionnelle. Quelle que soit la bonne foi du vendeur, l'acheteur ne peut payer ce qu'il ne reçoit pas. On a bien

pu exceptionnellement maintenir la vente parce qu'on suppose qu'elle n'en aurait pas moins eu lieu, mais il eût été souverainement injuste de méconnaître le droit de l'acheteur. Il y a donc lieu à réduction qui, à défaut d'entente, est déterminée par le juge.

34. — Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la vente, que la chose qui en fait la matière existe actuellement, il suffit qu'elle doive exister plus tard. La veute porte alors sur une chose future qui a pu dans tous les temps en devenir l'objet. Son sort est subordonné à l'événement; valable si l'espérance conçue se réalise, elle est nulle dans le cas contraire.

Le caractère de la vente de la chose future diffère suivant la nature de la chose sur laquelle elle porte. Elle est pure et simple si elle a pour objet les produits à fabriquer pendant une période déterminée; conditionnelle, si cet objet est la récolte en grains, vins ou huiles à recueillir de propriétés désignées.

35. — Différentes dans leur nature, ces deux hypothèses aboutissent dans l'exécution à des résultats bien différents. Le défaut absolu de tous produits, dans la première, entraînera bien la résiliation de la vente, mais comme ce défaut est imputable au vendeur, comme il le constitue en faute pour s'être volontairement abstenu de fabriquer, la rupture du contrat entraînerait contre lui une adjudication de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'en éprouverait l'acheteur.

La responsabilité du vendeur engagée dans le cas

d'abstention complète, ne le serait pas moins dans celui d'une insuffisance volontaire de l'exploitation. Celui qui vend ce qu'il fabriquera pendant un temps convenu, s'engage par cela même à fabriquer dans toute la proportion que comportent la nature de son établissement et les moyens dont il dispose. On ne saurait lui reconnaître le droit de fabriquer plus ou moins suivant qu'il aura intérêt à livrer plus ou moins. En conséquence si, agissant dans cet intérêt, il a négligé de se procurer la matière première, ralenti les mouvements de son usine, congédié une partie de ses ouvriers sans les remplacer, l'acheteur sera recevable et fondé, en recevant les produits qui lui seront offerts, à demander d'être indemnisé du défaut de livraison de ceux qu'il devait naturellement se promettre, qu'une exécution loyale du traité lui aurait procurés.

Si aucun de ces reproches ne peut être adressé au vendeur, l'acheteur ne saurait exiger au-delà de ce qui lui est offert, mais il est tenu de s'en livrer en totalité. Sa prétention de ne recevoir qu'en quantité moindre ne serait ni juste ni fondée. Le prix se calcule sur cette quantité totale et dans la proportion convenue au contrat.

36. — La vente d'une récolte future, si elle est faite au poids ou à la mesure, est purement résolue dans le cas d'un manque complet de récolte. L'intempérie déterminant ce résultat est une force majeure dont aucune des parties ne peut et ne doit répondre. On ne saurait donc la soumettre à des dommages-intérêts.

La vente tient et produit tout son effet s'il est récolté

quelque chose. Quelque minime que soit la quantité, le vendeur a le droit d'exiger la réception, et l'acheteur celui de contraindre la livraison, comme il est obligé d'en payer le prix proportionnellement à ce qu'il reçoit.

37. — La vente de récoltes est donc subordonnée à la condition qu'il sera récolté quelque chose. Elle peut de plus être aléatoire si les parties, appréciant le rendement probable, ont traité d'une quantité déterminée pour un prix convenu ; un achat dans ces conditions est un véritable forfait, ses conséquences sont dès-lors de mettre à la charge de celui qui le contracte les événements qui pourront survenir dans l'intervalle du contrat à la récolte.

Dans ce cas, comme dans le précédent, le défaut absolu de production annulerait la vente. Si je vous ai vendu le produit de ma vigne, il est évident que si elle ne produit rien, la vente n'a pas de matière et ne peut par conséquent sortir à effet. Comme le dit Pothier, une vente de ce genre est valable quoique la chose n'existe pas encore, mais elle dépend de sa future existence. Si la chose vient à ne pas exister, si on ne recueille pas de vin, il n'y aura pas de vente.

Cette doctrine est avouée par la raison. Ce que les parties ont en vue, c'est évidemment une récolte quelconque qu'elles pouvaient et devaient naturellement espérer, qu'elles étaient autorisées à prévoir. *Fructus enim futuri*, disait Fabert, *habent fundamentum aliquot in re ipsa, cum ex fundo ipso perciperentur*. En con.équence, si, par un événement extraordinaire et fortuit, cette prévision est trompée, si la propriété, dévastée par

une inondation, par une grêle ou tout autre accident, cette espérance est entièrement perdue, le contrat a en réalité manqué d'objet, et ne saurait sans injustice lier l'acheteur.

Mai ce qui est vrai en cas de perte totale et absolue, serait sans application dans l'hypothèse d'une perte partielle plus ou moins considérable; accepter la vente d'une récolte à forfait, c'est spéculer sur le bénéfice que pourra présenter une chance favorable, et par conséquent consentir à subir les effets de la chance contraire.

Je vous ai vendu pour 500 fr. le produit de ma vigne. Nos prévisions ont eu pour bases son rendement ordinaire, tel que le faisaient espérer les récoltes précédentes.

Si, par le résultat de saisons favorables, la récolte vendue est double ou triple des récoltes ordinaires, tout vous appartient, et je ne serai ni recevable ni fondé à exiger une augmentation de prix.

Par une juste réciprocité, je ne devrai subir aucune réduction, si le produit est inférieur. Ce qui est dû, c'est le prix total porté au contrat.

On a prétendu contester la validité de la vente par application de l'article 1587 du Code Napoléon. Mais cette prétention a été repoussée et devait l'être. La spécialité de l'article 1587 à la vente de denrées susceptibles d'être goûtées et agréées est évidente. Cette disposition ne peut s'entendre que du cas où la denrée étant actuellement offerte, sa qualité a fait réellement la matière du contrat.

Or, celui qui achète une récolte et qui traite à forfait de la quantité ne subordonne pas le sort du contrat à la qualité, il l'accepte telle qu'elle sera, sans qu'il puisse prétendre qu'on lui ait rien garanti à cet égard. On comprend qu'on ait pu faire de la dégustation une clause irritante de la vente, mais il serait absurde de le décider ainsi lorsque de toute certitude la dégustation n'est entrée dans les prévisions d'aucune des parties. Or, dans quelle hypothèse cette certitude serait-elle mieux acquise que dans celle où la chose vendue étant une récolte plus ou moins prochaine, la dégustation était moralement et matériellement impossible au moment de la convention.

C'est donc avec raison que par arrêt du 28 avril 1824 la Cour d'Orléans repoussait l'argument tiré de l'article 1587 du Code Napoléon contre la vente d'une récolte de vin prochaine, et déclarait cette vente parfaite et définitive dès sa conclusion.

38. — L'aléa de la vente peut porter sur ce qui en fait la substance, par exemple, lorsque les parties traitent d'une chose qui a autant de raison d'être ou de n'être pas, *habens se indifferenter ad esse et ad non esse.*

Ce qui caractérise cette vente, c'est qu'elle n'a pour objet qu'une chose dont l'existence est purement problématique et l'espérance plus ou moins fondée qu'elle se réalisera. Comme exemple, on peut citer la vente et l'achat d'un coup de filet, des prises que mon corsaire réalisera dans telle période de temps.

On comprend la différence notable qui distingue cette hypothèse de celle où l'on traite des résultats d'une fabri

cation, du produit d'une récolte, du croît d'un troupeau. Dans celle-ci, il y a, comme le disait Faber, certitude d'un produit quelconque par la nature des choses, et, en traitant de ce produit, on n'a pu entrevoir et accepter que la chance du plus ou du moins.

Dans l'hypothèse que nous supposons, au contraire, on n'a traité que sur l'existence plus ou moins probable d'un produit; que sur l'espérance plus ou moins fondée de la réussite. L'opération est moins une vente qu'un pari, dont l'incontestable légalité recommande l'exécution *quidquid evenerit*. En conséquence, le prix convenu est acquis au vendeur, alors même que le coup de filet n'aurait amené que de la boue et des pierres, ou que le corsaire n'aurait fait aucune prise pendant le temps déterminé ; l'unique obligation qu'il a contractée est de jeter le filet, de mettre le corsaire en mer s'il ne l'a déjà fait. Cette obligation remplie, le bénéfice du marché est irrévocablement acquis en sa faveur comme contre lui.

Il en serait autrement si, au lieu de vendre le coup de filet ou la prise à faire, on vendait le poisson que ce coup amènera, ou la prise faite à une époque déterminée; l'aléa du contrat ne porte plus alors sur la chose vendue, mais sur sa quantité ou son importance. C'est le poisson plus ou moins, c'est la prise plus ou moins riche qui a fait la matière du contrat. En conséquence, s'il n'y a ni poisson ni prise, la vente devient caduque, pour défaut de chose en faisant la matière.

Ces diverses nuances sont importantes à saisir. C'est en les observant qu'on résoudra les difficultés que l'existence légale de la vente pourra faire surgir.

39. — La chose vendue doit être clairement indiquée. Sa détermination résultera des caractères d'individualité, la distinguant non-seulement des choses d'une nature différente, mais encore de celles d'une espèce identique, par exemple, la vente d'un tel cheval, des sucres ou cafés renfermés dans tel magasin ou reposés à bord d'un tel navire ; soit de l'indication de son espèce et de la quantité à prendre dans des choses de la même espèce, exemple : un cheval de tel haras ; 1,000 kilogrammes de café ou de sucre ; 50 balles de coton ou de laine de telle provenance.

Ainsi, ce qui individualise les marchandises, c'est non-seulement leur espèce, mais encore leur quantité, mais surtout leur qualité, celle-ci en effet, servant à en déterminer le prix, en constitue la valeur.

Cependant l'article 1129 du Code Napoléon semble ne considérer comme essentielle que l'indication de l'espèce. Mais vendre en commerce du sucre, du café, des cotons ou des laines, c'est en réalité ne rien vendre. Comment, en effet, établir la quantité et prouver qu'il y a eu à ce sujet le concours des volontés, sans lequel la vente ne saurait exister.

Il faut donc, outre la détermination de l'espèce, celle de la quantité. Il n'y a d'exception pour celle-ci que dans la vente en bloc d'une marchandise qui est suffisamment désignée par l'indication du lieu où elle se trouve reposée, les sucres qui se trouvent dans tel magasin ou à bord de tel navire, les huiles de la pile n° 1 de tel domaine. Toutefois, le silence que le traité garderait sur la quantité n'annulerait pas la vente, si la correspondance ne laissait aucun doute à cet égard.

40. — Devrait-on annuler la vente pour omission de désignation de la qualité?

La Cour de Metz se prononçait pour l'affirmative le 11 décembre 1812. Elle annule une vente de fer battu, attendu qu'il est notoire qu'il existe trois espèces de fer battu, savoir : le fer tendre, le fer métis, le fer fort, lesquels ont une valeur bien différente; attendu que la vente du 24 août ne détermine pas quelle sera l'espèce de fer qui sera fournie, que conséquemment elle est nulle.

41. — Mais cet arrêt ne confond-il pas la qualité avec l'espèce. Que le fer battu soit tendre, métis ou fort, il n'est jamais que du fer battu. Seulement il vaudra plus ou moins, suivant qu'il sera l'un ou l'autre.

C'est là l'histoire de toutes les marchandises. Chacune d'elles offre une qualité supérieure, une qualité moyenne, une qualité inférieure. Ces deux dernières présenteront entre elles une différence de valeur, et n'atteindront jamais le prix de la première. Ce que les parties avaient omis était donc l'indication de la qualité et non de l'espèce.

Dans ces termes pouvait-on annuler le vente? Nous ne saurions l'admettre. Un pareil rigorisme est peu compatible avec les usages et les besoins de commerce, il donnerait lieu à trop de chicanes, à trop de fraudes.

La Cour de Metz s'étaye de l'article 1602 du Code Napoléon. Mais, dans le commerce, les choses ne se passent pas comme dans les ventes ordinaires. Les marchandises ont un prix courant qui est officiellement coté à la bourse, que chaque commerçant connaît et doit connaître; le ven-

deur qui livre, l'acheteur qui accepte au prix de 10 fr. n'a pu avoir en vue que la qualité cotée à ce prix et non celle qui valait à la même époque 15 ou 20 fr.

Le vendeur est donc fondé à soutenir qu'il a rempli le devoir que lui impose l'article 1602. Chaque qualité ayant son prix spécial, celle-ci valant 20 fr., celle-là 12 fr., cette troisième 6 ou 8 fr., il est évident que celui qui a offert à l'un de ces prix a déclaré par cela même qu'il n'entendait s'obliger que pour la qualité correspondante.

La nullité de la vente pour défaut de désignation de la qualité n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. On peut même sans témérité en induire le contraire, ainsi l'article 1129 du Code Napoléon n'exige que la désignation de l'espèce. Il permet de plus de laisser la quantité incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. Où serait le motif pour qu'il en fût autrement de la qualité? Et puisque son indication doit résulter du prix, son omission ne saurait raisonnablement influer sur le sort du contrat.

Nous estimons donc que la nullité, que l'article 1602 n'autorise pas, est repoussée par l'article 1129. Sans doute, la prudence conseille aux parties de déterminer cette qualité, mais la loi n'en impose pas le devoir. Son omission pourra bien soulever quelques difficultés, mais si en réalité la marchandise offerte est bien de la qualité cotée au prix stipulé et convenu, l'acheteur sera obligé de la recevoir et de la payer. Il n'en serait dispensé que par la preuve que la marchandise, dans sa qualité, n'est ni marchande, ni de recette.

42. — Une seconde condition, non moins essentielle pour la validité de la vente, est l'existence d'un prix qui doit être sérieux et certain; à défaut, le contrat perdrait son caractère commutatif. Il n'existerait aucune obligation pour l'acheteur.

On exige ordinairement que le prix soit juste, c'est-à-dire dans une proportion équitable avec la valeur de la chose, mais les éléments qui peuvent déterminer ce caractère sont, en commerce, tous autres que dans la vente ordinaire et de droit commun.

Sans doute, le commerçant qui vend une marchandise quelconque doit en recevoir l'équivalent, mais le prix commercial se calcule moins sur la valeur vénale et intrinsèque que sur la valeur marchande, celle-ci varie à l'infini

Elle ne peut résulter que du cours au moment du contrat. Or, ce cours est subordonné aux circonstances politiques ou commerciales; à la rareté ou à l'abondance de la matière ou du numéraire, de l'offre ou de la demande; aux chances plus ou moins probables de hausse ou de baisse; à la nécessité dans laquelle peut se trouver l'un de vendre, l'autre d'acheter.

43. — Quelle que soit donc la valeur réelle des objets qui en font la matière, la vente a un juste prix si elle est faite au cours du jour. Est-ce à dire qu'il doit en être autrement de celle qui aurait été consentie au-dessous de ce cours? Non évidemment.

Le cours, quelque officiel, quelque authentique qu'on le suppose, n'a rien d'obligatoire pour les commerçants.

Un évènement arrivé, une nouvelle reçue après la clôture de la bourse dans laquelle il a été constaté, peut gravement le modifier dans un sens ou dans l'autre.

D'ailleurs, le détenteur d'une denrée ou marchandise n'est jamais obligé de la céder à un cours qui n'entre pas dans ses convenances; de son côté, on ne saurait contraindre dans les mêmes circonstances l'acheteur à accepter le marché. Ils sont libres l'un et l'autre de discuter leurs prétentions réciproques, et de n'obéir qu'à leurs intérêts. D'ailleurs, l'un peut être dans la nécessité de vendre, l'autre n'avoir aucun besoin d'acheter, et, s'il le fait, ce ne sera qu'en vue du bénéfice que les conditions de la vente lui promettront.

Ainsi, que le détenteur d'une marchandise la cède au-dessous du cours, soit parce qu'il a à pourvoir à des engagements qu'une mévente le met dans l'impossibilité de remplir, soit parce que l'arrivée prochaine sur le marché de marchandises de même nature lui fait craindre une forte baisse, il n'aura pas reçu l'équivalent réel de ce qu'il donne, mais il n'a consenti à un sacrifice que pour en éviter un autre plus considérable. On ne saurait donc l'autoriser à revenir sur ses engagements, ou le dispenser de l'obligation de les exécuter.

44. — Il y a donc juste prix dans la vente commerciale, toutes les fois que celui qui a été convenu est sérieux et certain. Or, c'est ce qui se réalisera lorsque celui-ci n'est pas en disproportion telle, avec la valeur de la chose, qu'on doive le considérer comme dérisoire, soit en lui-même, par exemple la vente d'un tonneau de

Médoc pour trois francs; soit par les conditions d'exigibilité, par exemple je vous vends mon navire 80,000 fr., payable la première fois que, pendant le mois d'août, le thermomètre de Réaumur descendra à deux degrés au-dessous de zéro, dans la ville de Montpellier.[1]

Un pareil contrat ne saurait être une vente. Il n'est qu'une libéralite qui pourrait bien valoir entre parties, mais que les créanciers du prétendu vendeur ne sauraient être contraints de subir. Il n'est présumé, en effet, n'avoir été consenti qu'en fraude de leurs droits; que pour leur arracher le gage qui garantit leur créance. Aussi seront-ils recevables à refuser d'exécuter, si le marché ne l'a pas été encore; et, dans le cas contraire, à réclamer la restitution de la chose, ou de sa valeur au moment du contrat.

MM. Delamarre et Lepoitvin observent avec raison que la simulation n'empruntera jamais un masque aussi transparent, mais, quelque épais que soit le voile dont elle se couvre, la preuve de son existence en amènerait sûrement la répression. Cette preuve, qui peut résulter de la nature des choses, des circonstances, de la position et de la qualité des parties, des dépositions de témoins ou des présomptions, est, quant à son appréciation, laissée à l'arbitrage souverain des tribunaux.

45. — De tous temps on a exigé que le prix fût stipulé en argent monnayé, *moneta nummis*, *pecunia*

[1] Delamarre et Lepoitvin, t. 3, n° 81.

numerata, et en espèces ayant cours légal dans le pays, *quia pecunia publicam debet habere auctoritatem.*

Mais on ne pouvait en commerce prendre ces exigences trop à la lettre. Aussi, aucune difficulté ne saurait naître sur la légalité du prix stipulé en billets des banques publiques, en actions des sociétés industrielles, et même en lettres de change ou autres billets négociables.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que le payement en billets de banque ou actions industrielles serait définitif et libératoire. Celui qui s'opèrerait par la remise de lettres de change ou billets à ordre n'aurait ce caractère que sauf encaissement, à moins que la remise n'en ait été faite et acceptée à forfait et sans garantie.

On considère également comme stipulé en argent le prix convenu en monnaie de compte. MM. Delamarre et Lepoitvin estiment qu'il y a là une contradiction dans les termes. Le propre de la monnaie, en effet, est de payer. Pourquoi donc appeler monnaie ce qui ne sert qu'à compter. Ils reconnaissent cependant que la monnaie de compte est en usage chez tous les peuples commerçants, parce qu'elle offre un moyen simple et très exact de s'entendre sur la valeur et de déterminer un prix en monnaie payante.

Ajoutons qu'il ne pouvait être interdit de faire suivre la vente du contrat de prêt. Le vendeur qui consent, en payement du prix, à en être crédité par l'acheteur, ne fait que contracter un placement qu'il pourrait faire avec tout autre que l'acheteur, sans toucher à la régularité de la vente. On ne pourrait raisonnablement admettre le con-

traire, lorsqu'il confie ce placement à cet acheteur lui-même.

L'exigence du cours légal peut se comprendre dans la vente civile et ordinaire, mais elle pouvait être un danger pour les transactions commerciales. Le commerce, en effet, est essentiellement cosmopolite. Loin d'écarter les étrangers, il les sollicite et les appelle; on ne pouvait dès-lors leur prohiber, lorsqu'ils achètent ou vendent, de stipuler le prix en monnaie de leur pays. Aussi n'hésite-t-on pas à admettre la validité de cette stipulation, et à tenir comme irréprochable la vente payable en livres sterling, piastres, ducats, etc.

46. — Le prix de la vente peut-il régulièrement être stipulé en denrées ou marchandises? L'affirmative était, en droit romain, soutenue par les Sabiniens, mais Justinien avait formellement condamné cette opinion.[1]

S'il faut en croire Duparc-Poullain, la décision de Justinien n'avait pas été admise. Il nous apprend en effet que *chez nous l'achat est un contrat par lequel la chose,* MERX, *est transférée pour un prix fixé qui consiste en argent,* AUT ALIA RE FUNGIBILI.[2]

Aucun jurisconsulte moderne n'a soutenu cette opinion; seulement, après avoir enseigné que le prix doit être stipulé en argent, Em. Vincens ajoute : On pourrait contester cette décision qui n'a point de fondement dans la nature des choses, ni d'utilité, car l'échange est soumis

[1] *Inst.*, § 2, *de Cont. empt.*, l. 7, C. *de rerum permut.*
[2] Grand, *Cout.*, t. 2, p. 93.

aux mêmes lois que la vente. On ne voit pas ce qui empêcherait d'acheter une chose au prix de services ou de travaux. Il n'y a que la loi fiscale qui ait besoin d'une évaluation en argent dans le cas où la vente est soumise à des droits proportionnels au prix.[1]

Il n'y a rien de commun entre la vente pour un prix déterminé, payable en services ou travaux, et le contrat par lequel on livre une chose contre une autre. Dans le premier cas, il y a en réalité vente, puisque si le mode de payement adopté reste sans exécution, le vendeur pourra exiger la somme convenue ou faire résilier le contrat.

Dans le second, il n'y a qu'un échange qu'on ne saurait confondre avec la vente, précisément parce que la loi les a distingués. Peu importe que l'article 1707 du Code Napoléon ait appliqué à l'un les principes qui régissent l'autre, c'était là la conséquence des affinités qui existent entre ces deux contrats. Il n'en est pas moins vrai que chacun d'eux a son caractère à part et des règles qui lui sont propres et exclusives.

47. — Nous comprenons qu'en droit commun et pour ce qui concerne les parties, la détermination du véritable caractère de l'acte n'ait qu'une importance et qu'une utilité fort secondaire, surtout lorsqu'il s'agit de meubles, mais il en est autrement pour la vente commerciale et à l'égard des créanciers soit du vendeur, soit de l'acheteur. La distinction est alors dans le cas de produire l'effet le plus considérable.

[1] T. 2, p. 46

Ainsi le vendeur non payé peut, en cas de faillite de l'acheteur, revendiquer la chose vendue si elle est en cours de voyage et non encore arrivée dans les magasins de celui-ci ou dans ceux de son commissionnaire.

L'échangiste n'a qu'un droit, celui de ne se dessaisir de sa chose qu'en recevant celle qui lui est promise. S'il néglige de l'exercer, s'il expédie avant, il suit aveuglement la foi de celui avec qui il contracte à l'instar de tous les autres créanciers. La faillite survenant, il n'est ni recevable, ni fondé à revendiquer sa chose, fût-elle encore en cours de voyage, ni à réclamer la délivrance effective et en nature de ce qu'il devait recevoir en contre-échange. Il est désinvesti de l'une et n'a jamais possédé l'autre. La faillite s'opposant à toute mise en possession ultérieure, il n'est plus que créancier de la valeur, ne pouvant et ne devant recevoir que le dividende que la liquidation de la faillite permettra de distribuer.

Voilà donc une hypothèse où le véritable caractère de l'opération exerce une décisive influence sur le sort des intéressés, il n'est donc pas rationnel de refuser toute utilité à sa détermination. Or, promettre ou donner une chose, à la condition d'en recevoir une autre, c'est évidemment consentir le contrat que la loi a distingué de la vente et qualifié d'échange.

48. — Il importe toutefois, dans l'appréciation de son caractère, de ne pas oublier cette règle de droit qui n'a jamais rien perdu de son autorité : *Non pretii numeratio sed conventio perficit emptionem.*[1] Il serait, en

[1] L. 6, § 1, D., *de Act. empt.*

effet, irrationnel de subordonner le caractère du contrat à l'exécution que les convenances réciproques des parties lui ont donnée.

Peu importe donc qu'il y ait eu payement du prix en marchandises ou tout autre objet mobilier, il suffit que ce prix ait été stipulé en argent pour que l'opération doive être réputée, et soit en réalité une vente.

49. — Nous avons examiné ailleurs la question de savoir ce qu'il doit en être, lorsque le prix stipulé consiste partie en argent partie en choses fongibles. Nous nous bornons à rappeler la conclusion que nous avons tirée de la doctrine et de la jurisprudence.

Lorsque le prix en argent est supérieur à la valeur de la chose donnée par l'acheteur; par exemple, un objet de 20,000 fr. donné contre 15,000 fr. espèces, et une chose évaluée 5,000 fr., il y a vente.

Si l'objet livré étant de 20,000 fr., le propriétaire reçoit 10,000 fr. en argent et 10,000 fr. en nature, on se prononcera encore pour la vente, par la raison que *venditio dignior est, quæ in dubio præferenda.*

Si le prix de 20,000 fr. était stipulé 15,000 fr. en nature, 5,000 fr. en argent, il n'y a plus qu'un échange.[1]

L'application de cette doctrine suppose que le contrat a été qualifié de vente; si les parties avaient déclaré faire un échange et n'avaient considéré le prix en argent que comme la soulte due par l'une d'elles, il serait impossi-

[1] Notre *Traité du Dol et de la Fraude*, t. 2, n° 993.

ble de voir autre chose qu'un échange, quel que fût le chiffre de cette soulte.

50. — Le prix, dont la stipulation est une des conditions essentielles à la validité de la vente, doit être certain : *Nulla emptio sine pretio esse potest, sed certum esse debet pretium.*[1]

La certitude du prix n'exige pas sa détermination précise au moment de la vente. On peut soit la remettre à la décision de tiers, soit la rattacher à un fait devant nécessairement se réaliser dans un temps convenu.

Pretium, disait Casaregis, *quando per relationem est certificabile, habetur pro certo, et valet venditio.*

A côté de la règle, Casaregis donnait des exemples de son application, *valet venditio*, disait-il, *quando pretium collatum est ad arbitrium boni viri, aut peritorum; contractus venditionis mercium valet quanti voluerint tali mense; et si fuerit conventum quanti voluerint ex mense martii usque ad mensem augusti, fuisse de visum attendendum valorem mediocrem illius temporis.*

Enfin, ajoute-t-il : *Si itaque valet venditio pro pretio certificabili per relationem, ideo ea valere debet si facta fuit pro pretio quo res aliis empta, vel quanti habeo in tali arca, vel quanti communiter vendatur.*[2]

51. — Ces exemples, puisés dans la pratique com-

[1] *Inst.*, § 1er, *de Contrat. empt.*
[2] *Dis.* 34, nos 18, 19, 20, 21 et 56.

merciale, prouvent la manière dont le commerce, s'appropriant le principe du droit commun, l'avait accomodé à ses exigences. Or, celles-ci n'ont été ni changées, ni modifiées par le temps. Dès-lors, ce qui avait été considéré comme leur conséquence au temps de Casaregis a conservé ce caractère et doit atteindre au même résultat.

Ce qui se pratiquait autrefois peut encore se pratiquer légalement aujourd'hui, par conséquent on ne saurait contester la validité de la vente au prix que le vendeur payera lui-même, ou auquel des tiers auront acheté. Sans doute le prix est ignoré au moment du contrat, mais il est certain, car il résultera infailliblement de la justification de l'événement auquel sa détermination est subordonnée. Le vendeur ne saurait exiger plus, et l'acheteur offrir moins que le prix payé par le premier, ou par les tiers traitant de choses de mêmes nature et qualité.

52. — Rien n'est moins rare que la vente au prix que la chose se payera au marché de tel jour, soit du domicile du vendeur, soit de celui de l'acheteur, soit de toute autre localité désignée. La légalité de ces contrats ne saurait être contestée, ils ont un prix sérieux et certain que le cours du marché désigné précisera et déterminera.

Mais il est rare que pendant la durée d'un marché le cours reste invariable, une marchandise ouvrant en hausse peut fermer en baisse, ou réciproquement. L'intérêt de l'acheteur serait d'acheter au plus bas, comme celui du vendeur est de vendre au plus haut ; il est évident que l'un de ces intérêts serait sacrifié par l'accueil qu'on ferait de l'autre.

On les concilie dans la pratique en adoptant le prix moyen, qui s'établit et se calcule en tenant compte des prix supérieur et inférieur.

Les parties peuvent convenir du contraire, traiter au prix d'ouverture ou de fermeture du marché, ou de telle heure déterminée. Bien souvent chez nous les propriétaires et cultivateurs vendent leurs raisins ou leurs olives ce qu'ils se payeront au marché d'un tel jour, à deux, trois heures, etc. C'est là un aléa qui n'a rien d'illicite, dès-lors les variations que la marchandise aurait subies avant, ou qu'elle subirait après l'heure convenue ne pourraient être prises en considération.

53. — C'est aussi à la moyenne que se règleraient les ventes au prix que se payera la chose du premier marché du mois de mars jusqu'au premier ou dernier de tel autre mois désigné. Ici la rélation est plus étendue sans en être moins légale, elle se justifie par les raisons qui ont fait admettre l'hypothèse précédente. Puisqu'on peut prendre pour bases les résultats d'un marché, on ne voit pas ce qui ferait prohiber de s'en référer à ceux de plusieurs.

Mais, dans ce dernier cas, la moyenne que Casaregis qualifie de *valeur médiocre* ne se calcule plus sur les variations se réalisant pendant la durée du marché, c'est sur le prix officiel de la mercuriale de chaque marché qu'on doit procéder, c'est sur leur ensemble que s'établit cette moyenne.

54. — La faculté de déférer à un tiers la détermina-

tion du prix de la vente était devenue pour les jurisconsultes romains l'objet d'une controverse que Justinien trancha en l'autorisant formellement. L'école italienne, Casaregis vient de nous l'apprendre, appliquait la règle aux ventes commerciales.

Le Code Napoléon se l'est à son tour appropriée; et, malgré le silence du Code de commerce, malgré la différence de caractère des deux législations, il est admis en doctrine et en jurisprudence que le droit de s'en référer à des arbitrateurs existe en faveur des commerçants.

Mais son application devait être et est, en effet, fort rare. Perdre du temps et de l'argent n'est ni dans l'intérêt, ni dans les usages du commerce; et c'est ce qui résulterait de la nécessité d'une expertise.

D'ailleurs, il est pour les ventes commerciales un régulateur d'autant plus recommandable qu'il est plus impartial, plus à l'abri de toutes manœuvres, de tout dol de la part des intéressés; le cours officiel et public des marchandises.

On comprend dès-lors qu'on préfère s'y référer et lui demander la valeur marchande de la chose achetée et vendue, plutôt que de s'exposer aux erreurs volontaires ou involontaires de tiers, qui en définitive feront du cours légal l'élément et la base de leur appréciation.

55. — Quoi qu'il en soit, les parties libres de suivre leurs convenances, peuvent s'en référer à la décision des tiers, et dans ce cas la légalité du contrat est incontestable. Casaregis faisait résulter la convention du silence

qu'on gardait sur le prix : *Quando est simpliciter venditum, semper intelligitur emptum pro pretio justo, declarando ad arbitrium boni viri.*[1]

Nous ne croyons pas qu'on pût le décider ainsi aujourd'hui. La faculté concédée par l'article 1592 du Code Napoléon n'est qu'une exception à la règle prescrivant la stipulation d'un prix certain. Le bénéfice n'en est donc acquis que lorsque les contractants se le sont expressément réservé. Le silence gardé à ce sujet ferait que la vente serait sans prix, et devrait être annulée.

56. — La disposition de l'article 1592 du Code Napoléon a soulevé quelques difficultés d'application, la première est née sur le nombre des experts. La loi permet-elle d'en élire plusieurs, n'en admet-elle qu'un seul ?

L'ancien orateur du tribunat, M. Grenier, se prononce dans ce dernier sens. Cette opinion simplifiait l'opération et coupait court aux inconvénients qu'entraîne nécessairement une élection multiple. En effet, si les élus désignés au contrat ne s'accordent point, la vente est nulle et résiliée. Or, on sait que l'expert comme l'arbitre ne se considère trop souvent que comme l'homme de celui qui l'a choisi. On devait donc craindre que, obéissant aveuglement aux inspirations de celui-ci, il ne déterminât par un discord une nullité que l'intérêt de son mandant exigeait.

Ne permettre qu'un seul arbitrateur était le plus héroïque remède à ce grave inconvénient. Mais est-ce là ce

[1] *Disc.* 34, n° 19.

que l'article 1592 a prescrit? Il nous paraît impossible de l'admettre.

Sa disposition, il est vrai, ne prévoit dans l'application du principe qu'elle consacre que l'hypothèse d'un arbitrateur unique. Mais a-t-elle par cela même exclu tout autre mode? Mais, toutes les fois qu'il s'agit d'une expertise, chaque partie a incontestablement le droit d'élire celui qu'elle croit digne de sa confiance. L'exercice de ce droit ne reconnaît d'autre obstacle qu'une disposition de loi qui l'aurait expressément prohibé, et cette prohibition n'est ni explicitement, ni implicitement dans l'article 1592. Ce qu'il consacre, c'est la faculté de déférer à autrui la détermination du prix de la vente, et s'il ne règle ses effets que dans un seul cas, c'est qu'il ne pouvait les prévoir tous, et qu'il entendait laisser aux intéressés à agir au mieux de leurs convenances.

57. — On a ensuite agité la question de savoir si le ou les arbitrateurs devaient être désignés dans le contrat à peine de nullité de la vente?

Le droit romain pouvait faire répondre affirmativement, car il avait précisé l'hypothèse qu'il réglait : *Si quis rem ità comparaverit ut res vendita esset* QUANTI TITIUS ÆSTIMAVERIT[1], ce qui, en admettant que le tiers était désigné dans le contrat, semblait en imposer l'obligation.

Peut-on induire la même conséquence des termes de l'article 1592? Mais évidemment ces termes n'établis

[1] Liv. 15, *Cod, de Cont. empt.*

sent aucune relation nécessaire entre l'époque de la désignation et celle du contrat. Peut-on rationnellement admettre qu'en conférant d'une manière générale et absolue la faculté de laisser le prix à l'arbitrage d'un tiers, la loi a interdit aux parties de convenir du principe et d'en remettre l'application à une époque ultérieure ? On doit d'autant moins se prononcer en ce sens, que cette exigence de la loi serait dans bien de cas la condamnation du principe lui-même. Supposez, en effet, une vente par correspondance, comment la partie étrangère à la localité sur laquelle devront être pris les experts pourra-t-elle les désigner au moment où elle accepte à son domicile l'offre ou la demande qui lui est faite.

58. — C'est cependant pour la nullité de la vente, à défaut de désignation dans l'acte, que se prononce M. Delvincourt, et sa doctrine a recueilli l'imposante adhésion de M. Troplong. Plusieurs arrêts, dit l'éminent magistrat, viennent à l'appui de cette opinion qui est rationnelle et juste. En effet, si l'arbitre n'était pas désigné au moment du contrat, il dépendrait d'une partie d'empêcher la fixation du prix et de rendre la vente nulle, ce serait une condition potestative de part et d'autre ; le contrat serait perpétuellement en suspens et manquerait de certitude.[1]

59. — Les arrêts auxquels M. Troplong fait allusion sont : celui de Limoges, du 4 avril 1826 ; celui de Tou-

[1] Sous l'art. 1592, n° 157.

louse, du 5 mars 1827. Sans doute la jurisprudence a une juste, une incontestable autorité, mais rappelons ce que nous avons déjà relevé, les tribunaux ne sont pas souvent appelés à résoudre des questions de pur droit, ils ne peuvent faire abstraction des circonstances de faits particulières à l'espèce qui leur est soumise, et qui sont souvent de nature à entraîner une solution que le droit aurait condamnée ; il faut donc, pour reconnaître la valeur réelle d'un arrêt, s'en référer nécessairement à l'espèce sur laquelle il est intervenu.

Or, devant la Cour de Limoges, le demandeur soutenait bien que le contrat, dont il poursuivait l'exécution, était une vente dont le prix avait été laissé à l'arbitrage de tiers.

Mais le défendeur repoussait ce caractère et alléguait que la prétendue vente, faite d'ailleurs sous pacte de rachat, n'était qu'un contrat pignoratif. Ce n'était que subsidiairement qu'il soutenait que dans tous les cas son refus de désigner les experts rendait la vente sans effets possibles.

Devant le tribunal, le système principal avait été accueilli, et la vente annulée comme contrat pignoratif. C'est ce jugement que la Cour de Limoges confirmait.

Il est vrai que son arrêt n'examine la question qu'au point de vue de l'article 1592, et déduit la nullité de la vente de l'absence de désignation dans le contrat. Mais cet examen avait-il pu faire abstraction du caractère réel de l'acte, et ce caractère pouvait-il rester sans influence sur la solution ?

L'espèce de l'arrêt de Toulouse est plus significative

encore. Roger fils, négociant, avait disparu de son domicile, lorsque Severac, son créancier, se fait remettre par Roger père, jusque-là étranger au commerce de son fils, une certaine quantité de laines, dont il entendait imputer le prix sur sa créance.

Trois jours après, la faillite de Roger fils est judiciairement déclarée. Le syndic revendique contre Severac les laines qu'il s'était fait remettre, celui-ci répond que ces laines lui ont été vendues par Roger fils longtemps avant la faillite; qu'à la vérité le prix n'en avait pas été déterminé à l'instant même de la vente, parce que les parties étaient convenues de le faire ultérieurement, soit par elles-mêmes, soit par des experts. Le tribunal de commerce reconnait l'existence de la vente et en consacre la validité.

Sur l'appel, la Cour de Toulouse la déclare nulle et de nul effet. Elle dit bien que l'article 1592 exige la désignation des experts dans l'acte même, mais elle considére aussi qu'il est prouvé au procès qu'en enlevant les laines dont s'agit des magasins de Roger fils, dans la vue de se payer de ses propres mains d'une créance qu'il avait sur celui-ci, dont la faillite était imminente, Severac ne convint nullement avec Roger père du prix des laines, dont la quantité et la qualité ne furent pas même déterminées.

Elle ajoute : Considérant que la vente serait encore nulle faute de consentement formel et libre de la part de Roger père, qui, au moment où les laines furent enlevées des magasins de son fils, se trouvait, par suite de la disparition de celui-ci, dans une position embar-

rassante et critique dont tout annonce que Severac a abusé.

La nullité de la vente était la conséquence forcée, dans le premier cas, de la simulation ; de la fraude dans le second ; aurait-elle été consacrée dans l'un et dans l'autre si, la sincérité de la vente admise, il eût été certain que la détermination du prix en avait été déférée à des arbitres à désigner? Aurait-on pu le faire sans méconnaître l'esprit et le texte de la loi?

60. — C'est sur quoi nous différons avec MM. Delvincourt et Troplong. Voici nos raisons :

Le droit romain, nous l'avons déjà dit, paraissait plus explicite que notre loi. A l'hypothèse d'une vente *quanti Titius æstimaverit*, il ajoute *sub hac conditione staret venditionem ut si quidem* IPSE QUI NOMINATUS EST, *pretium definierit, omni modo secundum ejus æstimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire.*

On comprend que Vinnius en ait conclu que l'arbitrateur devait être nommé dans le contrat, car, ajoute-t-il, *si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi.*

Mais cette conclusion n'était pas universellement reconnue et admise, l'opinion contraire, refusant à la loi tout caractère limitatif, avait de nombreux et graves partisans.

61. — Les jurisconsultes italiens n'avaient pas hésité à se prononcer pour cette dernière. Casaregis vient

de nous l'attester. On pouvait, pour la détermination du prix, s'en référer d'une manière générale et sans désignation actuelle *arbitrio boni viri vel peritorum.*

Le cardinal de Lucca est plus formel encore, il admet qu'on peut valablement s'en référer *non in personam certam a contrahentibus determinatam, sed in peritos in genere.*[1]

62. — C'est à cette même opinion que se range notre illustre et judicieux Pothier. On peut, disait-il, vendre une chose pour le prix qu'elle sera estimée par des experts dont les parties conviendront. Si, en ce cas, le prix n'est pas certain au moment du contrat, il suffit qu'il doive le devenir par l'estimation qui en sera faite.

Pothier ajoute : Quelques interprètes prétendent que ce contrat est un contrat innommé qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*, et qui imite seulement le contrat de vente plutôt qu'il n'est un vrai contrat de vente, mais ces subtiles distinctions ne sont pas admises dans notre droit français, et ne sont d'aucun usage dans la pratique.[2]

63. — La rationalité de cette interprétation de la loi romaine ne saurait à notre avis être contestée. Si quelque doute à ce sujet pouvait exister pour la vente ordinaire, il est impossible d'en concevoir aucun pour ce qui concerne la vente commerciale, que l'intérêt public

[1] *De Empt. Vend.*, *Disc.* 30, n° 9.
[2] *De la Vente*, n° 25.

exige de faciliter et d'encourager. Comment dès-lors lui imposer une condition que les parties peuvent être dans l'impossibilité de remplir.

L'article 1592 du Code Napoléon, moins précis que le droit romain, n'a pu vouloir autre chose que ce que celui-ci exigeait. Son caractère purement démonstratif résulte de ce qu'il n'a pas prescrit la désignation actuelle à peine de nullité. On ne pourrait donc prononcer celle-ci sans ajouter à sa disposition.

On prêterait en outre au législateur une intention qu'il a au contraire formellement répudiée. En effet, sur la communication du projet, le tribunat proposait d'ajouter à l'article 1592 que *les tiers seraient expressément désignés par les parties*. Cette proposition fut rejetée par le conseil d'Etat. On a donc refusé de faire de la désignation actuelle une obligation pour les parties, comment dès-lors faire résulter de son inobservation le nullité du contrat ?

En réalité donc c'est la doctrine de Pothier que le Code Napoléon a entendu consacrer et a en effet consacrée. Loin d'être rationnelle et juste, la doctrine contraire ne tend à rien moins qu'à méconnaître l'esprit et le texte de la loi.

64. — On objecte, à l'appui de cette dernière, que la condition serait potestative, de telle sorte que le refus d'une des parties de procéder à la nomination des experts étant un obstacle invincible à la détermination du prix, le sort de la vente se trouverait ainsi purement livré à leur discrétion.

M. Troplong suppose donc que lorsque les contractants, au lieu de désigner les tiers dans l'acte, sont convenus d'une expertise, le refus qu'ils feraient plus tard d'exécuter cette convention est sans recours possible, et que la justice serait impuissante à y remédier.

65. — C'est là accepter en fait ce qui est en question et confondre deux hypothèses essentiellement distinctes et qu'on a toujours distinguées.

Tout recours judiciaire est interdit lorsque le tiers a été désigné dans le contrat, la raison en est naturelle et simple. La désignation au contrat prouve qu'on a exclusivement fait confiance à la personne qui en a été l'objet, on ne saurait dès-lors être contraint à donner malgré soi cette confiance à tout autre qu'elle.

Pretium rei venditæ, disait Casaregis, *si conferatur in arbitrium* PERSONÆ CERTÆ, *non secuta declaratione contractus resolvitur, non potest recurri ad officium judicis.*[1]

C'est en se plaçant au même point de vue que l'article 1592 déclare que si le tiers ne peut ou ne veut faire l'estimation, la vente est nulle.

Ainsi le recours à justice ne serait ni recevable ni fondé toutes les fois qu'il aurait pour objet la substitution d'une personne à celle qui a été nommée et désignée dans le contrat. Cette désignation fait de l'intervention personnelle de celle-ci la condition essentielle de la vente. Sans la confiance que javais en sa probité, sa loyauté et

[1] *Disc.* 34, n° 28.

ses lumières, dirait la partie, je n'aurais pas traité sur ce pied. Or, comment pourriez-vous me contraindre à transporter cette confiance sur une autre personne à laquelle, à raison ou à tort, je ne crois pas devoir la témoigner?

Impossible de méconnaître l'autorité de ces raisons, et c'est ce qui les faisait consacrer par la Cour de Riom. Dans cette espèce, l'expert choisi et désigné par le vendeur étant décédé avant l'expertise, on prétendait en contraindre le remplacement.

Cette demande, accueillie en première instance, est repoussée par la Cour qui réforme le jugement, attendu que les parties en convenant de la vente étaient en même temps convenues de leurs experts; qu'elles avaient entendu faire déterminer le prix, non par des experts en général, mais par des personnes désignées et ayant leur confiance exclusive; que dès-lors le vendeur ne pouvait être obligé de placer ailleurs la confiance personnelle qu'il avait en l'expert décédé.

On se pourvut en cassation, mais le pourvoi était rejeté le 1er ventôse an x, considérant que la nomination des experts a précédé la convention de vente; conséquemment que les juges d'appel de Riom n'ont contrevenu à aucune loi en décidant que la confiance personnelle du vendeur et de l'acheteur en la probité des experts nommés était un des éléments essentiels de la convention, et qu'elle se trouvait résolue par la mort de l'un des experts avant l'expertise.

66.— Ces deux décisions, rendues avant la promulgation du Code Napoléon, avaient exactement appliqué la

règle du droit romain. Car si, d'une part, Justinien veut que la décision du tiers soit souveraine et détermine la validité de la vente, il déclare, de l'autre, que si ce tiers *noluerit vel non potuerit pretium definire*, la vente est nulle pour défaut de prix.[1] L'article 1592 du Code Napoléon commanderait aujourd'hui une solution identique.

Mais ce qui ressort de l'un et de l'autre est une distinction dont MM. Delvincourt et Troplong n'ont, à tort, tenu aucun compte. Puisque dans le cas donné la nullité n'est consacrée que parce que les experts sont nommés dans la convention; que parce que les parties se sont référées, non à des experts en général, mais à des personnes désignées auxquelles elles ont exclusivement fait confiance, il est évident qu'en l'absence de l'une et l'autre de ces circonstances, que, lorsque les parties, convenant purement et simplement d'une expertise, ont traité en vue de l'opération et non des personnes qui en seraient chargées, on ne saurait leur reconnaître le droit de revenir sur leur engagement et d'anéantir, de leur seule volonté, le contrat. Les raisons qui devaient faire concéder ce droit, juridiques et souveraines dans un cas, ne pourraient même être alléguées dans l'autre. Il était donc rationnellement impossible de leur donner un effet identique. Cette distinction n'avait pas échappé aux docteurs italiens qui en déduisaient la légalité du recours en justice dans la seconde hypothèse. Ainsi Casaregis, qui vient d'en enseigner la non-recevabilité lorsque les experts ont été nommés dans le contrat, ajoute :

[1] L. 15, *Cod., de Cont. empt.*

Secus autem in venditione facta simpliciter pro justo pretio, vel pretio per peritos declarando, vel pro pretio commisso boni viri arbitrio, seu æstimatoribus publicis, et hujus modi; quia secuti in istis casibus non videtur electa industria alicujus certæ personæ, cujus loco alia ex voluntate contrahentium subrogari non possit. Potest uno bono viro vel aliquibus peritis seu æstimatoribus arbitrari nolentibus, vel impotentibus recurri ad arbitrium alterius boni viri, vel ad alios peritos, vel ad alios æstimatores, vel saltem ad judicem.[1]

Le cardinal de Lucca, de son côté, proclame la nullité de la vente, si les experts nommés au contrat n'ont voulu ou n'ont pu remplir leur mission. *Sed*, continue-t-il, *si pretii determinatio remissa esset non in personam certam a contrahentibus determinatam, sed in peritos in genere, quibus etiam specificatis sed non æstimantibus, sed non arbitrantibus, intrat judicis arbitrium pro æstimatione ab aliis peritis facienda.*[2]

La rationalité de cette doctrine ne saurait être ici méconnnue. A bon droit elle refuse tout caractère potestatif, à la condition de nommer les experts qui doivent procéder à la détermination du prix de la vente. Puisqu'il est licite de la stipuler, il ne saurait être permis de se refuser à l'exécuter. On peut et on doit y être contraint comme on le serait pour tout autre engagement régulier et légal.

[1] *Disc.* 34, n° 29,

[2] *De Empt vendit., Disc.*, 4, n° 9.

67. — Nous dirons donc avec MM. Delamarre et Lepoitvin, non, l'engagement dont s'agit n'est pas contracté sous une condition potestative, il constitue une promesse inconditionnelle, et chacune des parties est astreinte par un lien de droit ainsi qu'elles le sont toutes deux dans un contrat où il est dit que l'exécution de la convention sera déterminée par des arbitres. Or, lorsqu'une obligation existe et que les contractants ne s'accordent pas sur son exécution, il est de principe qu'on doit recourir à l'autorité du juge.[1]

Nous ajouterons, avec M. Duvergier, que la partie qui refuse de faire un choix est évidemment de mauvaise foi. Elle ne peut dire que la désignation de tel ou tel expert a entraîné son consentement à la vente, et qu'on ne saurait substituer personne à l'homme de son choix, puisqu'elle n'a jamais choisi. Pourquoi donc se plaindrait-elle d'une nomination faite par les tribunaux, lorsqu'elle avait un moyen facile de la prévenir en nommant ellemême, comme elle s'y était engagée.[2]

En résumé, l'article 1592 ne fait pas de la désignation actuelle des arbitrateurs la condition de la validité de la vente, il permet de s'en référer à ceux dont on conviendra plus tard. On ne saurait donc, sans se montrer plus sévère que la loi, sans violer le principe que les nullités ne se suppléent pas, attribuer à cette clause l'effet d'anéantir la vente. Consacrât-on le contraire en droit commun, qu'on devrait décider autrement en ma-

[1] T. 3, no 87.
[2] *Continuat. de Toullier*, t. 16, no 153.

tière commerciale, où l'impossibilité dans laquelle l'éloignement place les parties de s'entendre sur la personne des experts au moment du contrat, leur fait une nécessité de stipuler de le faire plus tard.

La légalité de la convention a pour conséquence forcée d'en assurer les effets, d'en commander l'exécution. On ne saurait donc la considérer comme viciée de condition potestative. Elle constitue une obligation de faire, qui se résoudrait en dommages-intérêts, si la loi n'en avait elle-même réglé l'exécution, en déférant à la justice le choix de l'expert que la partie refuse de désigner. On ne saurait donc contester aux tribunaux le pouvoir de remplir la mission dont ils sont investis.

Tout est donc subordonné à la nature du contrat, si les parties, s'en référant pour le prix à la décision d'autrui, ont en même temps désigné le ou les tiers qu'elles entendent charger de ce soin, le refus ou l'impuissance du tiers ou de l'un d'eux résout le contrat, en en rendant l'exécution impossible dans la limite qui lui était tracée. Il est certain, dans cette hypothèse, que la cause qui a déterminé le consentement respectif, est la confiance dans la personne indiquée. Or, cette confiance ne se commande pas, et nul ne peut être contraint de l'accorder malgré lui et contre son gré, même par autorité de justice. M. Duvergier a donc raison de critiquer un arrêt de la Cour de Paris, du 18 novembre 1831, admettant dans ce cas l'intervention des tribunaux.

Que si la convention se borne à stipuler que le prix sera déterminé par experts dont on conviendra, cette intervention est légitime, régulière et forcée. Ce que les parties

ont en vue, dans cette hypothèse, c'est une expertise, abstraction faite des personnes qui en seraient chargées, aucune d'elles ne peut raisonnablement prétendre avoir arrêté sa confiance sur tel plutôt que sur tel ; elles se sont respectivement reservées le droit de choisir celui qui leur paraîtrait digne de la mériter. Or tout droit a pour corollaire une obligation, et en stipulant celui-ci on s'est nécessairement engagé à l'exercer envers celui que cet exercice intéresse et qui est dès-lors recevable et fondé à le contraindre.

69. — Si, en exécution du contrat, les parties ont choisi ultérieurement les arbitrateurs, pourra-t-on poursuivre le remplacement de celui qui ne veut ou ne peut remplir la mission dont on l'avait investi ?

Casaregis professait la négative *quia non minus censetur electa à contrahentibus personarum industria quas promiserunt nominare, quam earum quas a principio nominaverint.*

L'admettre ainsi, c'est annuler le droit de recourir à justice, tout au moins permettre de l'éluder. Celui qui a intérêt à la résolution de la vente ne se laissera jamais citer en justice, il se bornera à désigner une personne dont il se sera assuré le refus. Autant donc vaudrait proscrire l'intervention du juge, que Casaregis admet cependant dans le cas de défaut de désignation dans le contrat même.

Il n'est donc pas possible, en proclamant le principe, d'en abandonner l'application et les effets à la discrétion de celui-là même qu'on contraint à le subir ; et ce n'est

certes pas le motif donné par Casaregis qui rendrait raison d'une pareille anomalie.

La question de savoir si on a fait confiance à la personne des experts ne peut être appréciée qu'à l'origine et par la conduite des parties au moment du contrat. On devra la résoudre affirmativement si la désignation a précédé ou accompagné l'accord.

Dans le cas contraire, les parties s'en étant référées à une expertise en général, les raisons qui légitiment l'office du juge pour la nomination militent également pour le remplacement. On ne pourrait donc consacrer une solution contraire. Il faut que l'expertise sorte à effet, et tout ce qui tend à aboutir à ce résultat est légitime et indispensable.

70. — C'est par les mêmes considérations que nous résoudrons la question de savoir si, en cas de partage des experts, on peut provoquer judiciairement la nomination d'un tiers, lorsque rien n'a été statué à cet égard par les parties.

On consacrerait la négative si les experts ont été désignés dans le contrat. Ce qui, dans ce cas, a déterminé les parties, c'est la personnalité des hommes choisis, *industria personarum*; ce qu'elles ont voulu, c'est s'en référer exclusivement à leur décision. Que l'absence de celle-ci tienne au refus ou à l'impuissance des experts, ou à l'impossibilité de s'entendre, le résultat est acquis, l'effet est le même.

Si les experts n'ont été commis qu'après le contrat, soit par les parties en exécution de l'engagement qu'elles

7

en avaient pris, soit par la justice, le partage doit être vidé. Il en est pour celui-ci, comme pour la nomination, comme pour le remplacement. Les parties s'étant purement référées à une expertise, sont présumées avoir consenti à toutes les mesures devant conduire celle-ci à des résultats positifs. Qui veut la fin veut les moyens.

Il y aurait donc lieu à désigner le tiers expert. Casaregis enseigne que cette désignation serait valablement faite par les experts dissidents. Notre droit n'admet pas qu'il en soit ainsi. Les experts partagés ne pourraient élire le tiers que s'ils y avaient été expressément et formellement autorisés ; à défaut, la désignation ne peut être faite que par la justice.

71. — La vente d'une chose *au prix qu'elle vaut* ou *qu'elle vaudra à une époque* convenue est régulière et valable Cette vente, dit Pothier, est censée faite pour le prix à déterminer par des experts dont on conviendra. M. Troplong, acceptant ce caractère, conclut à la nullité de la vente pour vice de condition potestative.

Nous venons de démontrer l'erreur de sa doctrine dont il fait ici une nouvelle application. Nous ajoutons que M. Troplong comme Pothier lui-même n'ont pas tenu assez compte des exigences commerciales et du caractère spécial des opérations entre commerçants.

Nous comprenons que la vente d'un immeuble au prix qu'il vaudra doive donner infailliblement lieu à une expertise, il n'existerait aucun autre moyen d'arriver à la détermination du prix. On pourrait aussi l'admettre dans la vente de choses mobilières par un non-négociant à un

non-négociant. L'un et l'autre, en effet, ont entendu que la chose devait être payée à sa valeur vénale et réelle, et comment l'établir à défaut d'une expertise.

Dans la vente commerciale, au contraire, les parties n'ont eu en vue que la valeur marchande. Or, celle-ci résultera incontestablement des cours officiels et publics, des mercuriales. A quoi bon dès-lors une expertise qui ne puiserait ses éléments et ses bases que dans ces documents?

La vente commerciale d'une chose au prix qu'elle vaut ou qu'elle vaudra, est donc faite au cours du jour de la vente, ou de celui qui a été convenu et désigné ; une expertise serait inutile et frustratoire et sa nécessité ne serait admissible que si les parties l'avaient expressément stipulée. Leur silence à cet égard ne peut être attribué qu'à l'intention de s'en référer au cours authentique. On ne consent guère, en commerce, à perdre du temps, à ajouter aux frais. Le parti qui tend à les économiser est le seul qui convient, le seul véritablement rationnel.

72. — Vendre *pour le juste prix*, c'est, en d'autres termes, vendre la chose pour ce qu'elle vaut. Telle est la doctrine professée par Pothier, admise par M. Troplong.

MM. Delamarre et Lepoitvin distinguent la vente de la chose au prix qu'elle vaut, de celle faite pour le juste prix. Ils enseignent que la première se règle par un expertise, la seconde par le cours.

Cette distinction sur le caractère de la vente ne nous paraît avoir aucun fondement sérieux, il n'y a de diffé-

rence que dans l'expression, au fond le but est le même. Les parties ont entendu donner et recevoir la valeur marchande au jour convenu. Nous ne saurions donc admettre une différence dans l'exécution.

Nous hésitons d'autant moins à nous prononcer pour le règlement par le cours dans le second cas, que nous considérons ce règlement comme seul rationnel dans le premier. Nous ne faisons donc aucune distinction, la vente au juste prix, comme celle pour ce que la chose vaut, arrive à un résultat identique. Le prix est déterminé par l'attestation des courtiers, par l'extrait légal de la mercuriale de la place, ou de la localité la plus voisine, si au domicile des parties il n'existe ni bourse ni marché. On ne recourrait à un expertise que s'il s'agissait de denrées ou marchandises non cotées.

73. — Dans tous les cas où la détermination du prix est laissée à l'arbitrage de tiers, l'estimation pourra-t-elle être attaquée pour exagération ou insuffisance ?

Justinien semble décider la négative. La loi 15, au Code *De contrah. emptione* dispose, en effet, *omni modo secundum æstimationem pretium solvatur*, d'où Despeisses concluait que les parties étaient absolument sans action, même dans l'hypothèse d'une estimation évidemment inique ; et c'est ce qu'enseigne également M. Troplong.

Mais Cujas, mais Voët professaient le contraire. *Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium,* dit ce dernier, *ad ipsum bonæ fidœi judicio, id est judicis*

officio, secundum naturam negotiorum bonæ fidei ex æquo et bono corrigendum est.[1]

A l'exemple de ces jurisconsultes, Pothier se prononçait pour le recours aux tribunaux. Les contractants, disait-il, en s'en référant à l'estimation d'un tiers, ont entendu non une estimation purement arbitraire, mais une estimation *tanquam boni viri*, une estimation juste. C'est l'avis de la Glose sur la loi de Justinien.[2]

Permettre d'attaquer l'estimation sous prétexte d'exagération ou d'insuffisance, serait encourager la chicane et multiplier les procès; *on ne peut contenter tout le* monde et son père, et il est rare dans ces occurrences que l'un ne se considère pas comme sacrifié à l'autre.

Nous refuserions donc tout recours, même en cas d'une exagération ou d'une insuffisance certaine, si elle n'est que le produit d'une appréciation erronée, mais de bonne foi.

L'appréciation évidemment inique nous a paru commander une autre solution, et un nouvel examen nous a confirmé dans cette conviction. Nous persistons donc à croire que l'immoralité doit être sévèrement réprimée partout où elle se produit; que la fraude faisant exception à toutes les règles, celle des experts ne sauraient nuire ni profiter à personne.[3]

74.—Enfin, on s'est demandé si la stipulation je vous vends telle chose *pour le prix qu'on m'en offrira* constituait une vente régulière et valable.

[1] *Ad Pandectas, de Cont. emp.* n° 23.
[2] *Vente*, n° 24.
[3] Notre *Traité du dol et de la fraude*, n°s 971 et suiv.

« Je ne crois pas, disait Pothier, qu'une telle convention puisse être admise comme contrat de vente dans les tribunaux, elle donnerait lieu à trop de fraude. L'acheteur pourrait interposer une personne qui offrirait un prix très bas pour avoir la chose à vil prix ; et le vendeur pourrait en interposer une qui offrirait un prix très haut pour la vendre plus cher. D'ailleurs, le vendeur qui ne voudrait pas tenir le contrat pourrait cacher les offres qui lui auraient été faites. On ne peut donc admettre cette convention comme contenant un contrat de vente. »[1]

Cette opinion est accueillie par M. Troplong; qui ne reconnaît pas à ce contrat le caractère de la vente.[2]

MM. Delamarre et Lepoitvin soutiennent le contraire. Ce contrat, disent-ils, repose sur la confiance que les parties ont l'une dans l'autre, et la crainte de l'abus ne peut suffire à le rendre impuissant. La fraude ne se présume pas, et la facilité qu'elle aurait à se produire ne peut avoir d'autre résultat que celui d'éveiller la sollicitude du juge, et de le rendre moins exigeant sur le caractère et la nature de la preuve.[3]

Nous avouons n'être pas convaincu de la légalité de cette doctrine, qui fait par trop abstraction des conditions que la validité de la vente exige.

Il faut surtout un prix certain. On a bien pu réputer tel celui qui *per relationem est certificabile*. On le comprend, lorsque les parties ont agi en vue d'un événement qui se réalisera certainement avec ou sans leur concours

[1] *Vente*. n° 27.
[2] N° 113.
[3] T. 3, n° 94.

Ainsi, dans les hypothèses que nous venons de parcourir, le prix est bien inconnu au moment du contrat. Mais il résultera d'une manière précise, soit de l'expertise, soit de l'extrait du cours officiel ou des mercuriales, et le droit d'une des parties de poursuivre l'une ou de produire ces derniers appartient également à l'autre, elles pourront donc respectivement contraindre l'exécution du contrat.

Aucun de ces caractères ne se rencontrent dans la vente *pour le prix qu'on m'offrira*. A l'incertitude du prix vient se joindre celle de l'événement dont on en fait dépendre la détermination. Offrira-t-on un prix quelconque, et si on n'en offre aucun, quel sera le sort du contrat? Peut-on admettre dès-lors que le prix est *certificabile per relationem*?

Puis, si une offre est faite, mais qu'elle ne réponde en rien aux prétentions et à l'espérance du vendeur, son intérêt ne lui commandera-t-il pas de la laisser ignorer, et s'il obéit à cet intérêt, quel moyen aura l'acheteur d'avoir raison de ce manquement à la foi promise, comment le reconnaîtra-t-il, à moins que l'auteur de l'offre n'ait été préposé par lui à l'effet de se procurer la chose à un prix plus ou moins vil.

Il est vrai que de son côté le vendeur pourra préposer quelqu'un qui lui offrira un prix en dehors de toute proportion avec la valeur réelle de la chose. Faudra-t-il donc, parce que ces manœuvres ne pourront être connues et prouvées, sacrifier nécessairement l'un ou l'autre, et dans tous les cas remettre le sort de la vente à la discrétion exclusive du vendeur.

La plus simple raison protestait contre ce résultat, et Pothier ne faisait qu'obéir à ses inspirations en le repoussant. Sans doute la loi n'a pu toujours se conformer strictement à ce qu'elle enseigne, mais elle le pouvait et le devait dans cette circonstance. Le mal était imminent au point d'exiger un remède immédiat ; ce remède était tout simple, la nullité de la vente.

75. — Une convention, objectent MM. Delamarre et Lepoitvin, est légalement formée lorsque la loi ne le défend pas et qu'elle n'a rien de contraire aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Sans doute, la loi n'a pas prohibé de traiter dans la condition dont nous nous occupons. Aussi, verrons-nous bientôt qu'elle n'a pas refusé tout effet au contrat. Mais, dès que pour la validité de la vente elle exigeait un prix certain, ce contrat ne pouvait être une vente, non parce qu'il était légalement présumé frauduleux, mais parce qu'il n'offrait ni prix certain, ni prix déterminé par relation.

Nous pourrions ajouter qu'il n'y a pas même de la part du vendeur volonté actuelle de vendre. Son engagement est bien plutôt la promesse de mettre plus tard la chose en vente, et ce n'est qu'au moment et au moyen de sa réalisation qu'il sera dans le cas de recevoir des offres. Or, cette promesse, ne dépend-il pas uniquement de lui de la tenir, et quel moyen aurait-on de l'y contraindre.

76. — Pothier a donc raison, et d'avance il a répondu

à l'objection de MM. Delamarre et Lepoitvin. En effet, la proximité de la fraude n'est pas pour lui une raison de laisser le contrat sans effet aucun, et s'il lui refuse le caractère de vente, il n'hésite pas à en déduire un engagemant licite.

« Cette convention, dit-il, pourrait être considérée comme une convention par laquelle le propriétaire de l'héritage s'obligerait envers l'autre partie à lui accorder la préférence lorsqu'il voudrait vendre, et cette obligation l'engagerait à ne point vendre à un autre, qu'il n'eût énoncé auparavant à cette partie le marché qui lui est offert, avec sommation de déclarer dans un temps court s'il entend acheter aux conditions proposées.[1] »

Cette doctrine a, à nos yeux, un mérite incontestable, celui de donner au contrat son véritable caractère et de lui assigner les seules conséquences qu'il puisse produire. Comme nous venons de le dire, en effet, il est bien plutôt une promesse de vendre *in futurum* qu'une vente actuelle.

MM. Delamarre et Lepoitvin ne voyent dans cette doctrine qu'un *mezzo termine* et ils le repoussent en ces termes :

« Si l'on craint que vous n'interposiez une personne pour m'offrir un prix très bas et consommer ainsi un achat frauduleux, qui empêche l'emploi du même moyen pour m'obliger *à vous sommer* de prendre ma chose au même prix? L'un n'est pas plus difficile que l'autre ; et, quant aux preuves de l'offre, vous n'aurez pas omis d'y

[1] *Vente*, n° 27.

songer. Est-ce la peine de fermer la porte à une fraude pour la laisser ouverte à une autre fraude d'une égale facilité et qui parvient au même but.[1]

Nous ne comprenons pas ce reproche et surtout la conclusion qu'en tirent MM. Delamarre et Lepoitvin. S'il ne faut pas fermer une porte à la fraude pour en ouvrir une autre, il faut encore moins les lui ouvrir l'une et l'autre, et c'est ce que font nos auteurs.

D'ailleurs, la doctrine de Pothier atteint-elle le résultat qu'on lui prête? A quoi servirait au vendeur de se faire offrir un prix exagéré et de sommer l'acheteur de prendre à ce prix? Ce dernier, en acceptant la préférence qui lui a été promise, ne s'est pas engagé à en profiter, il est demeuré libre d'agir à ses convenances, et son refus d'obtempérer à la sommation ne pourrait avoir d'autre effet que de dégager le vendeur de sa promesse, et de lui rendre la liberté de disposer de sa chose comme il l'entendrait.

En réalité donc la doctrine de Pothier, au mérite déjà signalé, joint cet autre de couper court à toute espèce de fraude. En rendant une interposition quelconque sans résultat possible, elle en prévient toute tentative.

M. Pardessus n'a pas hésité à adopter et à enseigner l'avis de Pothier. « La vente qu'une personne fait à une autre d'une chose pour le prix qu'on m'en offrira, est valable, dit-il, non pas précisément en ce sens que l'acheteur sera obligé de payer au vendeur le prix que celui-ci prétendra lui avoir été offert, ou même que telle

[1] T. 3, n° 94.

ou telle personne indiquée par lui déclarerait lui offrir, mais en ce sens que celui qui a fait la promesse ne sera libre de vendre à un autre qu'après avoir dénoncé à celui envers qui il s'est engagé qu'on lui offre tel prix et l'avoir sommé de prendre la chose à ce prix, ou de lui laisser la liberté d'en disposer.[1]

En d'autres termes, la vente pour le prix qu'on m'offrira laisse le vendeur libre de vendre plus tard ou non, selon qu'il le jugera convenable; il ne peut être contraint à le faire, mais il ne peut le faire sans tenir l'engagement d'accorder la préférence à celui avec qui il a d'abord traité, sans l'avoir mis en demeure de revendiquer cette préférence.

L'acheteur, de son côté, en acceptant la promesse qui lui en était faite, ne s'est pas irrévocablement lié. Il n'a qu'un droit auquel il peut renoncer; le refus qu'il ferait de l'exercer, soit expressément, soit en ne s'expliquant pas sur la sommation qui lui en est faite, dans le délai indiqué, laisserait le vendeur libre de vendre à tout autre.

77. — La règle *Sine pretio certo nulla venditio est*, comporte-t-elle exception?

Cette question ne peut s'agiter que dans une seule hypothèse, à savoir : lorsque la chose a été livrée et reçue avant que le prix en ait été définitivement arrêté et convenu. Comment annuler la vente si après avoir reçu la chose le prétendu acheteur l'a lui-même revendue et livrée.

[1] N° 275

On devrait donc la maintenir et suppléer au silence des parties sur le prix.

Tant que la vente n'a pas reçu son exécution, l'absence de convention sur le prix ne permettrait pas cette exécution, l'un ne pourrait être contraint à livrer, l'autre à recevoir. Cette règle est absolue et ne comporte aucune exception.

78.—Si l'acheteur prétendu, ayant la chose en mains, en a disposé lui-même, il faut, quant à ses obligations envers le propriétaire, distinguer.

Si la chose ne lui avait été remise qu'à titre de dépôt, de consignation ou de gage, il n'a pu même se croire autorisé à l'aliéner sans avoir consulté le propriétaire et reçu son consentement. Il aurait donc sciemment vendu la chose d'autrui, et par conséquent encouru l'obligation de réparer le préjudice qui en serait résulté.

Dès-lors si le cours au jour de la demande était supérieur à celui auquel il a revendu, c'est du premier qu'il devrait tenir compte. La baisse qui serait survenue dans l'intervalle de la revente au jour de la demande ne saurait lui profiter, il serait dans ce cas tenu de restituer tout ce qu'il aurait lui-même touché.

79. — S'il a reçu la chose par suite d'une vente projetée entre lui et le propriétaire avec condition de convenir ultérieurement du prix, il ne devait et ne pouvait en disposer qu'après sa détermination. L'impossibilité dans laquelle il se serait placé de la restituer en nature, l'obligerait à en payer la valeur. Mais il ne serait ni rece-

vable ni fondé à en demander la détermination par experts. Ce mode exceptionnel ne pouvant être admis que lorsque d'une part il a été expressément convenu, que de l'autre la chose à expertiser existe encore et peut être soumise aux experts.

Ce qu'il devrait, c'est le prix coté dans la facture qui aurait accompagné l'envoi, et qui l'accompagnera le plus souvent, parce qu'elle est l'élément le plus essentiel à une revente. Comment exécuter utilement celle-ci, si celui qui achète dans ce but ne connait pas le prix de revient.

Sans doute la facture, œuvre personnelle du vendeur, ne peut dicter la loi à l'acheteur. Le droit de celui-ci de protester contre ses énonciations, même de refuser les marchandises, ne saurait être ni méconnu ni contesté. Mais si recevant celles-ci il en dispose à son tour, il sera justement considéré comme ayant accepté les prétentions du vendeur, et au besoin avoir abandonné les réclamations qu'il avait d'abord élevées et dont il n'a pas attendu le règlement. Dès-lors, en exigeant de lui qu'il paye le prix facturé, on ne lui impose que la loi qu'il s'est bien volontairement faite, que les conséquences naturelles de son fait propre et personnel.

Que si, contre toutes probabilités, la chose a été remise sans facture, sa disposition ultérieure par l'acheteur n'est pas moins reprochable. Il ne pouvait ignorer qu'il ne pouvait être le propriétaire et en exercer les droits que par la régularité de la vente; que cette régularité exigeait la détermination du prix entre lui et son vendeur; que la revente par lui opérée avant toute entente à

ce sujet était illégitime, et qu'il en était seul responsable. Or, l'autoriser dans ce cas à imposer au vendeur les chances incertaines d'une expertise dont il avait même fait disparaître l'élément le plus essentiel, serait rendre celui-ci victime d'une faute à laquelle il n'a en rien participé.

Il devrait donc être condamné à payer au cours le plus élevé du marché au jour de la demande.[1]

80. — Comme exemple de vente faite sans désignation de prix, M. Pardessus cite l'envoi de marchandises en compte courant. Cet exemple ne nous paraît pas heureusement choisi, il n'est pas présumable, en effet, que cet envoi ne soit pas accompagné d'une facture indiquant les prix des objets qui en font la matière, et annonçant ainsi les prétentions de l'expéditeur.

Dans tous les cas, il est certain que celui-ci, portant l'envoi au débit du compte de l'acheteur, demandera à celui-ci de l'en créditer. Or, le compte ne se réfère jamais à telles ou telles marchandises, il mentionne le montant de leur valeur.

Donc le prix sera déterminé soit par la facture, soit par la correspondance, au moins de la part du vendeur, et, comme nous venons de le dire, la revente des marchandises avant de s'en être expliqué et entendu serait l'acceptation la plus énergique de ce prix. En conséquence, on obligerait le réceptionnaire à l'acquitter intégralement.

[1] Rennes, 3 avril 1830.

81. — Le prix de la vente peut-il être stipulé en services ou travaux? On ne voit pas, dit M. Emile Vincens, ce qui empêcherait de le faire. On ne saurait en effet se créer un doute sur la validité d'une pareille vente, si d'ailleurs elle offrait un prix certain et sérieux; dans l'hypothèse suivante, par exemple, je vous vends cette chose au prix de 1,000 fr. payables en services ou travaux.

La loi pouvait bien et devait exiger que la vente eût un prix, mais elle n'avait pas à intervenir quant au mode de son payement, *Non enim pretii numeratio, sed conventio, perficit emptionem.*

Or, dans notre hypothèse, le prix est convenu, déterminé, certain, l'exigence et la promesse de services ou travaux constituent le mode de libération que les parties étaient libres d'adopter dès qu'il était dans leurs convenances respectives.

On ne saurait donc refuser au contrat le caractère de la vente, ni en contester la régularité.

Devrait-on le décider ainsi dans l'hypothêse suivante que se proposent MM. Delamarre et Lepoitvin : Je vous donne et vous livre mon bateau à vapeur le *Vulcain*, vaille que vaille, à la charge par vous de diriger ou de surveiller la construction d'une frégate que je dois livrer à Jacques.[1]

Ces honorables jurisconsultes estiment avec raison que ce contrat n'est pas une vente. Il n'y a aucun prix fixé ni au bateau, ni aux services exigés. Ce que les parties

[1] T. 3, n° 110.

ont fait, c'est un contrat de louage d'œuvres et d'industrie dont la rétribution est convenue à forfait et payée d'avance, et qu'il est loisible à la partie de résilier dans le cours de l'exécution.

En effet, aux termes de l'article 1794 du Code Napoléon, le maître peut résilier par sa seule volonté le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans son entreprise.

82. — On comprend combien, au point de vue de l'application de cet article, est importante la détermination de la nature du contrat. Ainsi, dans l'hypothèse de la vente d'une chose au prix de 1,000 fr. payables en services ou travaux, il n'y a ni forfait, ni maître, ni entrepreneur. On n'y rencontre qu'un vendeur et un acheteur, et un mode de payement du prix. Il en résulte que le premier ne peut poursuivre la résiliation du contrat qu'à défaut et sur le refus du second de tenir son engagement, dont il peut à son tour contraindre l'exécution.

Ce droit ne saurait appartenir à celui qui dans notre hypothèse accepte la direction ou la surveillance de la construction de la frégate moyennant l'abandon du bateau à vapeur le *Vulcain*. Il peut être remercié en tout temps, en tout état de cause.

Pourrait-il retenir, le congé se réalisant, le bateau qu'il a reçu? Je l'aurais incontestablement gagné si le contrat eût reçu son exécution, dira-t-il. Or, si l'article 1794 vous donne la faculté de résilier, il vous impose l'obligation

de me dédommager de tout ce que j'aurais gagné dans l'entreprise Or, ce que j'aurais gagné, c'est le bateau.

Nous ne voyons pas ce qu'on pourrait répondre à cette prétention. On dira qu'elle ne tend à rien autre qu'à retirer au maître la faculté que lui confère l'article 1704 du Code Napoléon, il est évident, en effet, que puisque le congé ne le fera pas rentrer en possession de son bateau, il se gardera bien de le donner. Mais pourquoi s'exposait-il à cette chance, il était libre de traiter aux conditions ordinaires, de ne s'engager à rétribuer qu'à la fin de l'entreprise, s'il lui a plu d'agir autrement, comment pourrait-on l'exonérer des conséquences de son fait propre et personnel.

La faillite du maître autoriserait-elle la masse à revendiquer le bateau? Oui, répondent MM. Delamarre et le Poitvin, puisqu'on ne saurait dire que l'entrepreneur ait acheté le bateau. Mais ces honorables jurisconsultes enseignent que l'article 1794 est opposable à la masse, qu'en conséquence elle ne pourrait reprendre le bateau qu'à la condition de dédommager l'entrepreneur de ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner en exécutant le marché.

Mais alors ne dira-t-on pas à la masse ce qu'on dirait au propriétaire lui-même. Ce que j'aurais gagné en exécutant l'entreprise a été déterminé par la convention, et si cette convention vous lie quant au principe, elle doit vous lier quant à ses conséquences, donc le bateau m'appartient, puisqu'il m'aurait appartenu si le contrat avait été exécuté.

Il y aurait là l'origine d'une fraude fort dangereuse pour les créanciers ; leur débiteur pourrait aux approches de la faillite, sous prétexte de services ou travaux plus ou moins réels, transporter à un tiers complaisant une partie de son actif.

Le législateur n'a pu encourager cette fraude en s'interdisant le moyen de la réprimer. Or, ce moyen existe dans la législation spéciale et dans les conséquences de la faillite.

La délivrance du bateau aux mains de l'entrepreneur n'étant pas une vente, sera ou le payement anticipé, ou un nantissement, ou un gage en garantie d'une dette non échue, elle sera donc, envers la masse, nulle et de nul effet, si elle a été réalisée depuis l'époque déterminée, comme étant celle de la cessation de payements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée.[1]

Admettez maintenant que le contrat et son exécution, quant à la remise de l'objet convenu, aient eu lieu en temps non suspect, la revendication de cet objet par les créanciers pendant la durée de l'entreprise devra-t-elle être écartée ? Nous ne saurions le croire. A notre avis, l'article 1794 est spécial et exclusif au cas qu'il prévoit. Il était juste en effet que celui qui revient sur ses engagements, sans autre motif que sa volonté ou son caprice, rendît l'autre partie indemne du préjudice que cette rupture lui occasionne. L'article 1794 ne fait pas autre chose que déterminer les dommages-intérêts que l'inexécution, surtout purement volontaire, doit légalement entraîner ;

[1] Art. 446, C. de com.

qu'appliquer le principe des articles 1147 et 1149 du Code Napoléon.

La rupture du contrat par la faillite s'opère par la seule force de la loi, elle n'a rien de volontaire et constitue évidemment un fait de force majeure. L'exécution du contrat étant désormais impossible, comprendrait-on que l'entrepreneur pût exiger de la masse le gain que lui promettait son entreprise? Peut-il reprocher aux créanciers une discontinuation, une inexécution qu'ils sont forcés de subir eux-mêmes, qu'ils sont, de plein droit, dans l'impuissance de prévenir et d'empêcher. Où serait donc le fondement équitable et juridique des dommages-intérêts qu'on allouerait contre eux? N'est-ce pas d'ailleurs ce que l'article 1148 du Code Napoléon ne permet pas de faire ?

Nous croyons donc que la faillite du maître se réalisant, l'entrepreneur n'a autre chose à exiger que le dédommagement des travaux qu'il a exécutés jusque-là, des peines et soins qu'il a donnés à l'entreprise. Il serait donc obligé de restituer la chose qui lui avait été remise à titre de payement intégral, et qu'il ne peut prétendre lui avoir été vendue.

Mais il nous paraît qu'on ne saurait lui contester la qualité de créancier gagiste. Il pourrait donc comme tel se faire payer par privilége sur le prix de la chose de ce qui serait reconnu lui être dû.

83. — La troisième condition requise pour la validité de la vente, est le consentement respectif des parties. Comme pour tous les autres contrats, ce consentement

ne puise son efficacité que dans sa pureté. Il doit donc émaner d'une personne capable, et être le résultat d'une volonté spontanée, éclairée et libre. Il serait sans effet possible s'il a été donné par erreur, surpris par le dol ou la fraude, arraché par la violence.

Indépendamment de ce caractère général, le consentement dans la vente exige d'autres conditions. Le concours des volontés doit exister sur la nature du contrat, sur la chose, sur le prix.

84. — Il est évident, en effet, que si les parties diffèrent sur la nature du contrat, que si celui-ci entend vendre, celui-là recevoir à titre de consignation, de dépôt, de nantissement ou de location, ou réciproquement, il n'y a entre eux aucune convention valable. Il n'existe pas de vente surtout, car, en ce qui la concerne, différer sur la nature de l'opération, c'est comme si on ne s'était pas entendu sur la chose ou sur le prix, *cæterum sive in ipsa venditione dissentiunt, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est.*[1]

En conséquence l'engagement contracté en l'état de cette divergence des volontés ne crée aucun droit en faveur ou contre les parties, quelque probable qu'il fût d'ailleurs que l'une eût accepté le but que se proposait l'autre. Ainsi dans l'exemple cité par Pothier d'une maison que l'un entendait vendre, que l'autre a entendu affermer pour neuf ans, au prix de 9,000 fr., il est évident que ce dernier, qui donnait cette somme pour se pro-

[1] L. 9, Dig. *De cont. empt.*

curer une jouissance temporaire, soutiendra avec raison qu'il l'aurait à plus forte raison donnée pour devenir propriétaire définitif et incommutable. Mais vainement invoquerait-il cette certitude, vainement tenterait-il de contraindre la délivrance de la maison, le défaut d'entente sur le caractère du contrat qui a existé à l'origine enlève toute efficacité à ce contrat, qui n'est ni une vente ni même un louage. Il n'a donc conféré aucun droit non-seulement à la propriété, mais encore à la jouissance.

Il en serait de même des marchandises expédiées comme vendues, et que le destinataire n'entendait recevoir qu'à titre de consignation ou de dépôt. La divergence des volontés démontrée et acquise, les marchandises feraient retour à leur propriétaire. Le réceptionnaire ne pourrait ni être contraint à les garder pour son compte, ni exiger de l'expéditeur qu'il les lui laissât à titre de consignation ou de dépôt.

Ainsi donc, et avant tout, le concours des volontés doit exister sur le caractère du contrat, sur le but qu'il se propose. Ce n'est pas par l'intention d'une des parties qu'on peut apprécier ce qu'elles ont fait l'une et l'autre, il faut une intention commune et identique de part et d'autre, et celle-ci n'est efficace que si elle tend à un même but. Ce n'est qu'à cette condition qu'on rencontrera ce *consensus in idem placitum*, sans lequel il ne saurait exister de contrat.

De jure, disait Casaregis, *non si attende cio, che abbia potuto pensare, o credere una delle parti, ma solamente cio che dal contratto apparisce essere stato*

convenuto e considerato insieme dall'una e l'altra parte.[1]

85. — La vente offerte et acceptée ne s'exécute régulièrement et valablement que s'il existe une chose devant en faire la matière ; et que si ce que l'on a entendu livrer est bien ce que l'autre a entendu recevoir. Si le vendeur a traité d'une chose, l'acheteur d'une autre, il n'y a pas de vente, pas même une chose pouvant en devenir la matière.

Le concours des volontés doit donc exister sur la chose comme sur le caractère du contrat. Or, ainsi que l'observent MM. Delamarre et Lepoitvin, toute chose corporelle est constituée par sa forme et sa matière. Il faut que les parties se soient entendues sur l'une et sur l'autre.

Aussi n'y aurait-il pas vente :

1° Si l'un voulant vendre des laines ou du vin, l'autre avait entendu acheter de la soie ou de l'huile ;

2° Si, d'accord sur la matière, on ne s'était pas entendu sur la forme. Je veux acheter une montre en or, vous entendez une coupe de la même matière ;

3° Si, d'accord sur la forme, on ne l'a pas été sur la matière. Par exemple un meuble que l'on entendait être garni en moquettes, l'autre en velours ou en soie.

Indépendamment de leur espèce, il est une infinité de marchandises qui ne sont spécialisées que par la quantité pour laquelle on traite, par leur provenance. Il faut donc,

[1] *Disc.*, 119, n° 68.

pour que la vente existe régulièrement, que les parties soient tombées d'accord sur l'une ou sur l'autre.

L'achat et la vente de blés, vins ou laines qui ne spécifieraient pas la quantité en hectolitres, en pièces, en balles, ne porteraient sur rien et ne créeraient par conséquent aucun lien légal et obligatoire, à moins que la chose vendue fût déterminée par le lieu où elle se trouve reposée. Les blés renfermés dans les magasins ou à bord de navires; les huiles de la pile n° 1 de tel domaine.

Enfin, la vente serait nulle ou de nul effet si l'un voulant acheter de l'huile de Provence, ou du blé du pays, l'autre avait entendu vendre de l'huile de la rivière de Gênes, ou du blé de Syrie ou de Turquie.

86. — Le concours des volontés n'est pas moins indispensable sur le prix. Nous venons de voir qu'il doit être sérieux et certain. Où serait cette certitude, si l'un vendant à un prix, l'autre n'a entendu offrir et n'en a réellement offert qu'un moindre? Il n'y a en cet état que deux propositions distinctes, et l'on ne pourrait rationnellement adopter l'une de préférence à l'autre.

Qu'en serait-il si le prix offert par l'acheteur était supérieur à celui demandé par le vendeur?

Pothier estime que la vente est régulière et doit sortir à effet au prix coté par le vendeur. Si l'acheteur, dit-il, compte par erreur acheter plus que la somme pour laquelle le vendeur voulait vendre, le contrat de vente vaut pour la somme que le vendeur voulait vendre, et il est vrai que les parties sont convenues de cette somme, car elle est comprise dans la plus grande somme pour laquelle

l'acheteur a voulu acheter. Celui qui veut acheter pour une plus grande somme, veut acheter pour la moindre qui est comprise dans la plus grande.[1]

La rationnalité de cette doctrine a paru à nos jurisconsultes modernes devoir en assurer la consécration. Ils admettent, en conséquence, la validité de la vente au prix demandé par le vendeur, et reconnaissent aux parties le droit d'en contraindre l'exécution.

87. — Le consentement respectif doit-il également intervenir, dès l'origine du contrat, sur les clauses-conditions? Peut-on se réserver à s'en entendre plus tard? Le défaut d'entente entraînerait-il la nullité de la vente?

La solution de ces questions nous paraît subordonnée au caractère de la clause-condition. Il est évident que si elle est telle que l'un des contractants lui ait subordonné la naissance de l'engagement, il faut dire avec MM. Delamarre et Lepoitvin que la vente n'existera que par l'accord des volontés qui seul créera cet engagement.

Mais devrait-on le décider ainsi lorsque la vente parfaite par la réunion des conditions requises, la clause-condition ne se réfèrera plus qu'au mode d'exécution à donner au contrat ?

Cette distinction, nous la rencontrons dans le droit italien. Casaregis nous enseigne, en effet, qu'autres choses sont les pactes *substantialia*, autres choses *pacta accidentalia*.

Accidentalia dicuntur, continue notre auteur, *quæ*

[1] *Vente*, n° 36.

præter tria substantia rei, pretii et consensus apponuntur in contractu emptionis, et tali casu possunt conferri in arbitrium tertii et contrahentis, ideoque contractum emptionis in quo intervenerunt, res, pretium et consensus, licet illi adjiciatur a contrahentibus, con li patti e condizioni, e cautele, che si aggiusteranno d'accordo tra li contraenti, perfectum esse et valere dixit Rota decisio 37, parte 4, toma 2.

88. — La même Rote, dans sa 307me décision, à la question qu'elles étaient les conditions *de quibus contrahentes potuerunt aggiustere*, répond : *Ea nempe esse rem libere tradere, dare fidejussores evictionis, vel saltem pro assecuratione pretii, mensurationem, liquidationem in quibus si partes discordarent, ea remitti debeant ad officium judicis.*[1]

Rien dans notre droit ne répugne à cette distinction et à ses conséquences. La vente est aujourd'hui ce qu'elle a toujours été, un contrat consensuel, valable dès qu'il y a concert sur la chose et sur le prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.[2]

Comment donner dès-lors aux difficultés que la délivrance ou le payement du prix pourrait faire naître l'effet de dégager les parties de leur engagement respectif. La vente faite sans que les parties eussent réglé l'une et l'autre en serait-elle moins une vente? Dès-lors, s'il

[1] *Disc.* 34, nos 4 et suiv.
[2] Art. 1583, C. Nap.

est loisible aux parties de se taire à ce sujet, comment leur interdire de se réserver à en convenir plus tard?

Nous convenons avec MM. Delamarre et Lepoitvin que l'homme ne saurait faire que le contrat existe, s'il y introduit une seule stipulation contraire à l'essence de ce contrat, ou s'il en exclut un seul des éléments qui le constituent.

Mais, loin d'y puiser la nécessité de repousser la doctrine de la validité de la vente, nous en déduisons comme conséquence logique la légalité de son maintien. En effet, en quoi la réserve de s'entendre plus tard sur la livraison ou sur le mode de payement du prix est-elle contraire à l'essence de la vente? En quoi en contrarie-t-elle les éléments constitutifs?

Est-il raisonnable d'assimiler un discord sur le mode de payement à celui qui existerait sur la chose, sur le prix, et c'est ce que MM. Delamarre et Lepoitvin n'hésitent pas à admettre. Quand, disent-ils, je consens à vous livrer mes sucres moyennant 3000 francs et que vous consentez à m'en donner cette somme, nous sommes en accord parfait sur la chose, le prix et la convention d'acheter et de vendre. Cependant, *nil actum dicitur* si vous voulez me faire consentir à recevoir les 3000 francs en numéraire et que je persiste à les vouloir en papiers sur Lisbonne; il faut que l'un de nous conforme sa volonté à la volonté de l'autre, et l'erreur en ce point ne serait pas un moindre obstacle à la formation du contrat, qu'un dissentiment déclaré sur la chose ou le prix.[1]

[1] T. 3, n° 111.

C'est qu'en réalité, dans l'espèce supposée par nos auteurs, il y aurait désaccord sur le prix lui-même. Si, en indiquant celui de 3000 francs, j'ai ajouté payables en papier sur Lisbonne, c'est que j'ai entendu mettre à la charge de l'acheteur les frais d'achat de ce papier, sans quoi j'aurais ajouté leur montant aux 3000 francs. L'offre de payer en numéraire ne me donne donc pas ce que je demandais, pas même les 3000 francs, puisque j'aurais à en prélever l'escompte que me coûtera l'achat du papier qui m'est indispensable.

Il y a donc, en cet état, désaccord non sur une condition accidentelle, mais sur le prix lui-même, par conséquent pas de vente tant que nous n'aurons pas réglé le différend qui nous divise.

C'est précisément ce qui se réalisait dans l'espèce de l'arrêt cité par MM. Delamarre et Lepoitvin. Un négociant suédois expédie un navire au Hâvre, à la consignation d'une maison de Paris, avec mandat de le vendre au prix de 20,000 fr. ou 10,000 mars banco, *outre les frais de retour de l'équipage, et les droits dus à la couronne de Suède dans le cas où le retour du navire ne s'effectuerait pas,* ce mandat était donné en juillet 1803.

La maison de Paris offre d'acheter pour son compte. Une correspondance s'engage et il paraît que des observations sont faites sur le retour du navire en Suède.

Plus tard, la maison de Paris offre d'armer le navire pour lui faire opérer son retour en Suède, ce qu'elle exécute, et ce qui était approuvé par le négociant suédois écrivant le 15 février 1804. « Aussitôt que le navire sera arrivé « dans un port suédois (avant lequel temps, le contrat

« d'achat ne peut vous être légalement expédié,) un pa-
« reil acte de propriété vous sera remis; en attendant,
« ceci vous servira de sûreté pour considérer ce navire
« comme votre propriété. »

Mais au moment où cette lettre était écrite, le navire avait péri. La maison de Paris qui, avant sa réception, avait envoyé les 10,000 mars banco, en demande la restitution, elle soutient que la vente n'avait été convenue que le 15 février 1804, et qu'à cette époque la perte de la chose antérieurement accomplie l'avait rendue impossible; que par conséquent cette perte était restée à la charge du prétendu vendeur.

C'est ce que la Cour de Poitiers avait admis, c'est ce qu'elle ne pouvait pas ne pas admettre, car à la suite des observations de la maison de Paris, celle de Suède avait écrit : *Pour éviter toute chicane, il ne sera plus question de ce marché, et que le voyage ait été heureux ou malheureux nous prenons tout sur notre compte.*

Voila donc le mandat de juillet 1803 révoqué, et l'intention de vendre expressément rétractée. Il fallait donc, si on revenait à l'un et à l'autre, s'en expliquer de nouveau, et c'est ce qu'on faisait seulement le 15 février 1804, il était dès-lors impossible que la vente eût existé avant.

La Cour de Poitiers avait donc sainement apprécié les faits, et justement déclaré la vente nulle par application de l'article 1601 du Code Napoléon. Aussi le pourvoi contre son arrêt était-il rejeté par la Cour de cassation, le 5 frimaire an XIV.

C'est là, s'il en fut jamais, un simple arrêt d'espèce,

n'ayant d'autre valeur que celle que lui donnaient les faits du procès. Qu'auraient fait les Cours de cassation et de Poitiers, que décideraient MM. Delamarre et Lepoitvin dans l'hypothèse suivante.

Je vends et vous achetez pour 3,000 fr. une partie de marchandises, sous réserve de nous entendre plus tard sur le payement. Le moment de régler venu, j'exige des valeurs, vous m'offrez du numéraire, est-ce que ce discord pourra faire que la vente n'ait pas régulièrement et valablement existé? Est-ce que quelqu'un oserait soutenir qu'elle doit être annulée? Une pareille prétention ne méconnaîtrait-elle pas le caractère de la vente? Pourrait-elle se concilier avec cette règle, *non pretii numeratio, sed conventio, facit emptionem.*

La pratique ne s'y est pas trompée et chaque jour les tribunaux appliquent notre doctrine. Chaque jour les vendeurs, sans s'en être expliqués avec l'acheteur, stipulent que le prix sera payé à leur domicile. A la réception de la facture, ce dernier réclame et ne veut payer qu'à son propre domicile. Or, le lieu du payement est une condition non moins importante que celle qui en détermine le mode. Si le défaut d'entente actuelle sur celle-ci a empêché la vente d'exister, il doit en être de même du défaut d'entente sur celle-là. Cependant a-t-on jamais en cet état demandé aux tribunaux autre chose que de régler le lieu du payement?

89. — Les principes n'ayant pas changé, les conséquences ne pouvaient différer. La vente étant parfaite par le concours des volontés sur le caractère du contrat,

sur la chose et sur le prix, les parties se trouvent respectivement liées et peuvent se contraindre à exécuter leur engagement, alors même qu'elles auraient omis, négligé ou réservé de s'entendre sur les clauses-conditions.

A la condition néanmoins que ces clauses-conditions purement accidentelles ne puissent et ne doivent exercer aucune influence sur l'essence du contrat.

Avec la Rote de Florence nous considérons comme telles celles qui se réfèrent au mode, à l'époque et au lieu du payement, aux garanties dont sa réalisation peut devenir la cause ; au mode, à l'époque et au lieu de la délivrance, au pesage, comptage ou mesurage, à la dégustation. Le défaut de convention à ce sujet n'aurait d'autre résultat que de soumettre les parties aux dispositions dans lesquelles le législateur a pourvu aux unes et aux autres.

Si on peut les omettre, on peut à plus forte raison réserver de s'en entendre. Le discord qui se manifesterait au moment du réglement ne pourrait annuler une vente dont il n'affaiblirait et ne modifierait ni le caractère ni l'essence.

Son unique effet serait d'en suspendre l'exécution jusqu'à la décision du juge, dont l'intervention ne saurait être ni repoussée ni contestée.

90. — Les clauses-conditions touchant à l'essence de la vente doivent être arrêtées et convenues au moment du contrat. Le défaut d'accord en ce qui les concerne altèrerait le consentement soit sur le caractère du contrat, soit sur la chose, soit sur le prix.

En effet, suivant la définition de la Rote romaine, *Pacta substantialia ea dicuntur quæ stant loco alicujus partis substantialis contractus, ut ea quæ augent vel diminuunt rem vel pretium, ut obligatio in emptione aliquid faciendi, dandi, seu pactum redimendi aut annuum præstandi et similia quorum intuitu contrahentes realiter pretium rei vel auxerunt vel diminuerunt ; quæque per consequens dicuntur vere pars contractus vel pretii, et tunc non videantur, tanquam pars pretii considerata, posse referri ad arbitrium ementis vel contrahentium.*[1]

Cette règle et ses conséquences font une exacte et saine appréciation du caractère de la vente et des exigences qu'il requiert. Pourrait-on reconnaître ce contrat si la chose ou le prix n'avait pas été convenu et arrêté, s'il n'y avait pas eu concours des volontés sur le reméré ou sur la prétention de se soumettre à une prestation annuelle.

Des conditions de ce genre constituent la vente ; se réserver de s'en entendre plus tard, c'est contrevenir à tous les principes, et vouloir que la vente ait existé avant l'entente réciproque sur la chose, le prix et le caractère du contrat. La nullité de celui-ci, en tant que vente, ne pourrait souffrir ni difficultés ni doutes.

91. — Le dol, la fraude, la violence, l'erreur enlèvent au consentement qu'ils déterminent cette spontanéité et cette liberté au prix desquelles il devient le fondement d'un lien légal et obligatoire.

[1] Casaregis, *Disc.* 34, n° 9.

Le dol, la fraude, la violence agissent d'une manière péremptoire et absolue. Le contrat qui en a été la conséquence immédiate et directe est atteint d'un vice radical. Il n'a qu'une apparence que la preuve de l'existence de ce vice fera évanouir. La vente qui en serait entachée serait annulée et résiliée à la demande de la partie lésée.

Que si l'auteur du dol, de la fraude ou de la violence, tombant dans son propre piége, éprouvait un dommage de l'opération dont il s'était promis un profit, il devrait le subir. Sa demande en résiliation, fondée sur sa propre turpitude, ne serait ni recevable ni admissible en équité, en morale et en droit.

92. — L'erreur n'annulle la vente que si elle l'a seule déterminée, de telle sorte que la connaissance de la vérité eût empêché la partie de traiter. Or, il est difficile d'assigner ce caractère à toute autre qu'à celle qui porte sur la substance du contrat.

Serait-il permis d'hesiter sur l'intention de celui à qui on aurait livré du cuivre pour de l'or, de l'orge pour du blé, du vinaigre pour du vin.

Or, de deux choses l'une, ou le vendeur n'a réellement entendu vendre que du cuivre, de l'orge et du vinaigre, et dans ce cas l'acheteur voulant acheter de l'or, du blé ou du vin, il n'y a jamais eu entente sur la chose devant faire la matière du contrat, et la vente est nulle.

Ou le vendeur a agi de mauvaise foi et sciemment substitué ce qu'il livre à ce qu'il avait vendu. Il a dans ce cas commis un délit atteint par la loi pénale, et il ne pourrait être que ce délit devînt l'origine d'un droit pour

son auteur, d'une obligation pour celui qui en a été la victime.

93. — La vente est donc nulle si l'erreur a porté sur une des conditions substantielles de la vente. Mais, observe M. Troplong, quant aux qualités de la chose, il n'est pas facile de distinguer ce qui est substantiel et ce qui est seulement accidentel. Le moyen le plus sûr sera de recourir à la volonté des parties, au but qu'elles se sont proposées en contractant. Si la qualité de la chose vendue, bien qu'accidentelle, a fait l'objet d'une stipulation expresse et a été représentée comme un motif déterminant pour l'acheteur, elle deviendra substantielle, et si elle manque, la vente sera destituée d'un consentement valable.[1]

Il est évident, en effet, que telle qualité, qu'on serait tenté de considérer comme indifférente, aura peut-être seule déterminé l'acheteur à contracter. Or, comment pourra-t-il mieux témoigner de l'intérêt qu'il y attachait, qu'en faisant insérer au contrat une clause expresse de garantie.

Cette garantie pourrait n'avoir d'autre résultat qu'une diminution du prix ou toute autre allocation de dommages-intérêts, mais le maintien de la vente ne serait ni juste ni légal si, sans la qualité garantie, la partie n'eût pas contracté. M. Troplong a donc raison, c'est par son intention au moment du contrat, et eu égard à la nature de la chose, que le litige doit être apprécié, et la vente annu-

[1] *Vente*, n° 15.

lée, quelle que soit la qualité promise, si, en fait, son existence a déterminé le consentement que son défaut eût fait refuser.

94. — La justice ne saurait non plus faire abstraction des circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi le traité. Elles peuvent, non-seulement faire apprécier l'intention réelle de l'acheteur, mais encore créer une fin de non-recevoir contre sa demande en nullité.

Si l'erreur pouvant être plus ou moins facilement reconnue, la chose lui a été soumise avant le traité ; s'il a pu la vérifier et s'il l'a fait ; si la chose étant en sa possession il a exécuté le contrat sans réclamation ni réserve, pourrait-il plus tard se plaindre avec quelque apparence de raison et révoquer en doute la bonne foi du vendeur?

L'examen, la vérification avant la vente ne seraient d'aucune considération s'ils n'ont pas empêché l'acheteur de se faire garantir expressément la qualité prétendue. Mais la certitude de leur existence et l'absence au contrat de toute clause de garantie feraient repousser la demande en nullité, c'est ce que la Cour de Paris jugeait le 17 juin 1813.

C'est surtout dans les ventes d'objets d'art que naîtra souvent la difficulté que nous examinons. On sait, par exemple, la valeur que le nom du peintre donne aux tableaux. Or, voici l'espèce de l'arrêt de la Cour de Paris.

Un sieur Varisco propose au sieur Perrégaux de lui vendre quatre tableaux qu'il attribue, deux à Claude Lorrain, un à Andréa del Sarto, et le dernier, une ma-

rine, à Vernet. Perrégaux se rend plusieurs fois chez le marchand, examine les tableaux, les fait examiner par des artistes et des amateurs dont il se fait accompagner, le marché est ensuite conclu au prix de 16,000 francs, payables 10,000 francs comptant, 6,000 francs en un billet à courte échéance.

Les tableaux sont immédiatement livrés, et, quelques jours après, le prix en est réglé conformément aux accords.

Plus tard, le sieur Perrégaux prétend faire résilier le marché parce que les tableaux n'étaient pas des maîtres désignés, il demande préparatoirement une expertise qui est en effet ordonnée par le tribunal.

Mais, sur l'appel, arrêt infirmatif qui déclare l'action en résiliation non-recevable : « Attendu que les tableaux « n'ont été vendus et livrés qu'après différentes visites « dans lesquelles l'intimé les a vus et fait voir par des « gens à ce connaissants; qu'après la livraison, anté- « rieurement au payement, il les a eus en sa possession « pendant plusieurs jours, pendant lesquels il a pu en- « core les examiner et les faire examiner tout à son aise; « qu'il en a ensuite payé le prix en totalité, savoir : la « majeure partie en espèces, et le surplus en un bon à « courte échéance; et que lorsqu'un marché est ainsi « consommé des deux parts et avec une telle maturité, « il ne peut pas être permis à l'un des contractants, sous « prétexte d'erreur, de revenir contre, sans ébranler la « foi de toutes les conventions; qu'il ne s'agit pas d'un « vice caché; que l'appelant, en énonçant ce qu'il pen- « sait sur le nom des auteurs des tableaux, n'a rien ga-

« ranti à cet égard et n'a pas fait dépendre de cette con-
« dition le sort de la vente. »

95. — On a essayé de faire un principe du reproche que cet arrêt faisait à l'acheteur. Ainsi, dans une autre espèce, on soutenait, devant la Cour de Douai, qu'un marchand de tableaux n'est jamais, à moins d'une stipulation expresse, censé garantir l'identité des maîtres sous le nom desquels les tableaux sont vendus, car il peut être trompé lui-même sur la véritable origine ; que c'est donc à l'acheteur à la vérifier, et s'il manque à ce devoir, ou s'il se trompe, il n'en peut rejeter la faute sur le vendeur.

Ce système pouvait invoquer la position que les principes généraux du droit font aux contractants, chacun d'eux n'a d'autre mission que de protéger ses intérêts. Dès-lors, l'acheteur d'un tableau, s'il n'est capable de juger de son mérite, doit, avant de conclure, exiger cette expertise qu'il sollicitera plus tard pour faire résilier le marché, tout au moins doit-il stipuler la clause de garantie ; et s'il n'a fait ni l'un ni l'autre, il ne pourra exciper de l'erreur sans se convaincre de négligence.

Mais serait-il possible d'autoriser le vendeur à reprocher à l'acheteur la loyauté et la bonne foi qu'il a peut-être poussée trop loin, et à le faire punir de la confiance qu'il a eue en sa parole ? Et si la garantie a été exigée et promise, faudrait-il en refuser les effets parce que, au lieu d'être donnée par écrit, elle l'a été autrement ?

96. — La Cour de Douai ne le pense pas ainsi, et, par arrêt du 27 mai 1846, elle annule la vente : attendu qu'il est aujourd'hui constant que *la Halte devant une auberge* n'est pas de Wouwermans, et que cette toile qui, d'après les enquêtes, serait entrée dans le marché pour une valeur de 5,000 francs au moins, vaut tout au plus 1500 francs; qu'il n'est pas moins constant que c'est en garantissant la sincérité de cette origine que le vendeur a surpris le consentement de l'acheteur, et que c'est uniquement en considération du maître dont le premier affirmait que le tableau était l'ouvrage, que ce dernier a traité; que, dans ces circonstances, il est évident que l'erreur a porté sur la substance même de la chose vendue, et que par suite le traité doit être annulé.[1]

Ainsi, quel que soit le point sur lequel l'erreur a existé, il n'y a pas de vente s'il est certain que, sans la fausse croyance qu'elle a inspirée, le contrat n'aurait pas été conclu. Cette certitude, dont la recherche et la constatation sont laissées à l'arbitrage souverain des juges, peut résulter de l'intention des parties, de la nature de la chose vendue, des circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le marché.

97. — Les brevets d'invention donnent lieu à des transactions plus ou moins nombreuses. Il n'est pas rare de voir le propriétaire céder et vendre son droit en totalité ou en partie.

[1] *J. D. P.*, 2, 1846, 636.

Ce qui fait la matière de ces ventes, c'est non-seulement le droit d'exploiter l'industrie brevetée, mais encore le monopole qui résulte du brevet lui-même, d'où la conséquence que si cette industrie ne peut offrir de résultats on n'était pas brevetable, la convention manquerait de son élément essentiel et devrait être résiliée, l'erreur existerait sur la substance même de la chose L'acheteur devrait dès-lors en être relevé.

98. — La jurisprudence nous offre de nombreux exemples d'application de cette règle. La Cour de Grenoble, notamment, annulait la vente d'une méthode de calligraphie, par arrêt du 14 août 1833, par les motifs que cette méthode ne pouvait produire les résultats promis; que d'ailleurs les moyens employés tenant beaucoup plus à l'adresse et l'intelligence de celui qui recevait l'enseignement, qu'à celui qui le donnait, et étant dès-lors purement intellectuels, n'avaient pu devenir la matière d'un brevet d'invention.

Devant la Cour de cassation, on reprochait à cet arrêt: 1° d'avoir été incompétemment rendu et de renfermer un excès de pouvoirs, et la violation des lois sur les brevets d'invention, en ce que, s'agissant d'un acte administratif, l'administration avait seule qualité pour en apprécier les effets. Sans doute les tribunaux sont aptes à juger les questions de déchéance du brevet, mais ils ne peuvent décider que l'invention brevetée n'était pas susceptible de l'être;

2° D'avoir faussement appliqué les articles 1128 et 1131 du Code Napoléon, en ce qu'il avait annulé pour

défaut de cause une invention qui avait pour base une méthode brevetée, encore que l'existence de cette méthode fût prouvée par la délivrance du brevet.

99. — Mais, par arrêt du 21 février 1837, le pourvoi fut rejeté. La Cour régulatrice repousse le premier moyen, attendu que les lois des 7 janvier et 25 mai 1791 ne garantissent nullement la réalité des inventions qu'elles autorisent à breveter; que, loin de là, l'article premier de cette dernière dispose expressément que les patentes nationales, sous la dénomination de brevets d'invention, seront délivrées sans examen préalable, et que l'arrêté du gouvernement du 5 vendémiaire an IX, ne voulant laisser aucun doute à cet égard et prévenir l'abus que les brevetés pourraient faire de leur titre, a exigé, article 2, qu'il fût inséré par annotation, au bas de chaque expédition, la déclaration que le gouvernement, en accordant un brevet sans examen préalable, n'entendait garantir en aucune manière ni la priorité, ni le mérite, ni le succès de l'invention ; qu'il suit de là que lorsqu'un brevet est obtenu, sa priorité et le mérite de l'invention rentrent dans le droit commun, et que les difficultés qui peuvent en naître sont du ressort des tribunaux auxquels il appartient précisément d'en connaître.

Elle repousse le second moyen, attendu qu'en constatant que la méthode cédée ne saurait avoir les résultats promis, l'arrêt déclare que ces résultats ont fait la base d'un contrat qui demeurait ainsi sans cause par la non existence de la chose cédée ; qu'en le décidant ainsi, la Cour s'est livrée à une appréciation des faits du procès

qui échappe à toute censure, et qu'en cassant et annulant la cession, loin d'avoir violé les articles 1128 et 1131, elle en a fait au contraire une juste application.[1]

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 août 1844, la vente portait : *le cessionnaire est mis purement et simplement au lieu et place de l'inventeur, sans aucun recours contre lui pour la restitution du prix de vente ou cession, laquelle est faite aux risques et périls du cessionnaire.* On excipait de cette clause pour soutenir que le vendeur n'avait garanti que l'existence du brevet au moment du contrat ; que le cessionnaire avait donc pris à sa charge le plus ou moins de chances de son efficacité, dont il avait eu le tort de ne pas s'assurer avant de traiter. On soutenait en d'autres termes que la clause de non garantie donnait à l'acheteur, vis-à-vis de l'inventeur, la position que la même clause faisait à celui-ci à l'égard du gouvernement.

On supposait donc entre les deux contrats une analogie qui ne saurait exister, observe avec raison M. E. Blanc. « En accordant un brevet, le gouvernement ne consacre « aucun droit, il ne fait que constater la priorité de la « demande, il suppose seulement la qualité et le mérite « de l'invention. Mais quand le breveté cède son privi« lége, il ne suppose pas, il affirme, et le cessionnaire ne « contracte que sur la foi de cette affirmation. Son in« tention est d'acquérir un privilége valable, en un mot,

[1] *J. D. P.*, 2, 1842, 383 ; Conf., Cass., 21 avril 1840 ; 15 février 1842, 22 août 1844, *ibid.* ; 2, 1840, 388 ; 2, 1842, 384 ; 2, 1844, 672 ; Nîmes, 21 décembre 1829 ; Grenoble, 12 juin 1830, et 27 mai 1831.

« un brevet, un droit exclusif; la commune intention des « parties serait donc méconnue ainsi que l'équité, si, « dans le cas où sa bonne foi a été trompée, on lui refu- « sait son droit contre son cédant.[1] »

C'est donc avec toute raison que la Cour de Grenoble considérait que la clause de non garantie, insérée au contrat, s'entendait exclusivement du plus ou moins de bénéfice que pourrait rapporter la cession, et non de la validité de la cession elle-même ; qu'il n'a pu être ni dans l'intention du vendeur, ni dans celle de l'acquéreur de vendre une chose imaginaire ne pouvant produire aucun résultat; que tout cédant, même à risques et périls, ne garantit point le produit et la valeur de la chose cédée, mais garantit le titre lui même; que le présent arrêt, conforme à la jurisprudence, statuant que le prétendu brevet cédé n'était pas une cause vraie, un titre valide, l'erreur tombe non sur la valeur vénale, mais sur l'existence du titre lui-même; qu'ainsi la clause énoncée ne peut arrêter la garantie due par le cédant.

Le caractère rationnel et juridique de ces considérations ne laissait au pourvoi aucune chance de réussite. Aussi, comme nous venons de l'indiquer, était-il rejeté par arrêt du 22 août 1844.

La déchéance du brevet judiciairement consacrée produirait, quant à la vente, un effet identique à celui qui se déduit du défaut de résultats. Il est évident en effet, ainsi que l'observe M. Etienne Blanc, que l'acheteur n'a d'autre intention que celle d'acheter un privilége valable, un

[1] *Code des inventions*, p. 256; de la *Contrefaçon*, p. 62.

droit exclusif. L'erreur à ce sujet tomberait sur la substance même de la chose et vicierait un consentement que la connaissance de la vérité eût certainement empêché.

La résiliation de la vente lui fait perdre tous ses effets et en rend toute exécution impossible, pour l'avenir surtout; l'acheteur se trouve naturellement délié de toute obligation quant au prix, il ne pourrait être contraint de payer ce qu'il devrait encore, les valeurs qu'il aurait souscrites en règlement devraient lui être restituées? Pourra-t-il exiger le remboursement de ce qu'il aurait déjà payé?

L'affirmative ne saurait souffrir aucune difficulté si la résiliation a pour fondement le défaut de résultats du brevet. Les tentatives infructueuses auxquelles le cessionnaire s'est livré, loin de constituer pour lui un profit, lui ont occasionné une perte, ne fût-ce que celle de son temps, de ses peines et soins. Sous quel prétexte pourrait-on dès-lors lui refuser de droit d'exiger la restitution de ce qu'il a payé sur le prix?

La résiliation pour déchéance du brevet ne fera pas que jusqu'au moment où elle a été poursuivie et ordonnée, la chose vendue n'ait été en la possession de l'acheteur ; que son exploitation ne lui aït procuré un bénéfice plus ou moins considérable? Serait-il dès-lors juste de l'autoriser à cumuler ce bénéfice avec celui qui résulterait de la restitution du prix?

Les effets de la résiliation ne sont rigoureusement acquis que lorsque, par la nature même des choses, les parties peuvent être remises en l'état où elles étaient avant l'acte. Mais on ne saurait faire abstraction de l'exécution de fait que cet acte a reçu et qui pourrait, si l'on

n'en tenait aucun compte, enrichir l'un au détriment de l'autre, aussi si l'acquéreur d'un immeuble est restitué du prix, doit-il rendre lui-même les fruits perçus jusqu'à sa résiliation.

Le même principe devrait conduire à une conséquence identique dans la résiliation de la cession d'un brevet pour cause de déchéance, et le cessionnaire devrait, dans une certaine limite, rendre raison du profit qu'il aurait tiré de l'exploitation du brevet.

Il est évident en effet que ce profit est dû non pas seulement à cette exploitation, mais encore à l'industrie personnelle du cessionnaire, aux peines et soins qu'il lui a donnés, aux matières premières qu'il a fournies, toutes choses fort étrangères au cédant, et sur lesquelles il n'a jamais rien eu à prétendre.

Les tribunaux devraient donc faire à chacun la part qui lui est due. Si, en fait, l'exploitation du brevet jusqu'à la déchéance a produit un bénéfice, il faut en tenir compte au cédant, et tout en prononçant la résiliation pour l'avenir, fixer l'indemnité qu'il recevra, soit par restitution, soit par compensation avec le prix qu'il sera obligé de rembourser.

100. — L'époque à laquelle se réalise le concours légal des volontés ne saurait être douteuse dans la vente entre présents. Dès que la parole est échangée, qu'il y a accord sur la chose et sur le prix, la vente est parfaite et acquise.

Mais, en commerce, les achats et ventes se traitent bien souvent entre absents et par correspondance. Il est donc

utile et même indispensable de rechercher à quel moment le contrat a, dans ces circonstances, acquis sa perfection.

Si la validité de la vente par correspondance a pu être contestée en droit commun,[1] aucun doute ne saurait exister en commerce. L'article 109 du Code de commerce, en admettant comme preuve de la vente l'acte sous seing privé et la correspondance, exclut l'assimilation de celle-ci à celui-là, et par conséquent toute prétention d'appliquer à cette dernière la disposition de l'article 1325 du Code Napoléon.

101. — L'unique difficulté consiste donc à déterminer à quel moment on devra fixer la réalisation du concours des volontés, sans lequel la vente n'a jamais pu exister.

Or, une lettre missive, dit M. Troplong, est la pensée fixée par écrit et envoyée à celui qui est absent ; elle rapproche les individus et les met pour ainsi dire en présence.[2] Cela n'est absolument vrai qu'après la réception de la lettre par celui à qui elle est adressée, et qui ne peut être initié à la pensée de l'écrivain que par sa lecture.

De là cette première conséquence, qu'il faut que celui-ci ait persisté dans sa volonté jusqu'au moment de la réception et de la lecture de la lettre. S'il en change avant,

[1] Toullier, t. 8, n° 315. Duranton, t. 16, n° 44. *Vid.* Merlin, *Rép.* v° *Double écrit.* Troplong, *Vente*, n° 21.
[2] N° 22.

ce qu'il est libre de faire, il n'y aura plus de vente possible.

Je peux, dit M. Troplong, révoquer les promesses faites dans une lettre écrite et expédiée, mais non pas lue par celui à qui je l'adresse, de même que je ne suis pas lié par les paroles proférées, mais non entendues par la personne avec laquelle je traite verbalement.[1]

Ainsi, si le besoin ou la convenance de rétracter la proposition faite par lettre se manifestant promptement, j'ai le moyen de vous aviser que je la retire, tout est fini. Ma lettre est non avenue, et toute acceptation de votre part resterait sans résultat, sans effets possibles.

102. — Le principe que l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'est pas connue de celui à qui elle est adressée étant admis, ses effets ne peuvent être subordonnés à la réception de la lettre de rétractation. Que cette réception précède, accompagne ou suive celle de la lettre d'offre, celle-ci n'en est pas moins valablement rétractée. Qu'importe, en effet, que la première ait été écrite le jour, le lendemain ou le jour suivant, si, en fait et à raison de la distance, elle l'a été à une époque où cette dernière n'avait pu encore être rendue à son destinataire.

C'est ce que Pothier admettait lorsqu'il enseignait la nécessité de la persistance du consentement jusqu'au moment où la partie a *déclaré qu'elle acceptait le*

[1] N° 24.

marché. Or, pour exprimer cette volonté, il faut de toute nécessité avoir été mis en position de le faire, ce qui ne peut résulter que de la réception et de la lecture de la lettre qui proposait le marché. Donc, si au moment de cette réception la proposition avait déjà été retirée, la condition ne se rencontre plus, il n'y a pas en persistance du consentement juqu'au moment requis, et par conséquent de vente possible.

Pothier ne veut pas qu'on se trompe sur sa doctrine, voici l'application qu'il en fait lui-même :

« Si j'ai écrit à un marchand de Livourne une lettre dans laquelle je lui proposais de me vendre une certaine partie de marchandises, pour un certain prix, et qu'avant que ma lettre ait pu lui parvenir je lui en ai écrit une seconde par laquelle je lui marquais que je ne voulais plus cette emplette, ou qu'avant ce temps je sois mort, ou que j'aie perdu l'usage de la raison, quoique le marchand de Livourne, au reçu de la première lettre, ignorant ou mon changement de volonté, ou ma mort, ou ma démence, ait fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, néanmoins il ne sera intervenu entre nous aucun contrat de vente, car ma volonté n'ayant pas persévéré jusqu'au temps que le marchand a reçu ma lettre et accepté la proposition qu'elle contenait, il ne s'est pas rencontré un consentement ou concours de nos volontés, necessaire pour former le contrat de vente.[1] »

103. — Ainsi, la faculté de retirer la proposition ne

[1] N° 32.

saurait être méconnue ni contestée, tant que la lettre renfermant celle-ci n'a pu arriver, et n'est pas encore arrivée à son destinataire. Mais suffit-il pour qu'elle ne puisse s'exercer, que la lettre étant arrivée, la proposition ait été acceptée? Faut-il au contraire que cette acceptation ait été connue de celui qui l'a provoquée?

Comme l'observe M. Troplong, Pothier semble se prononcer dans le premier sens. Mais n'est-ce pas là repousser la conséquence logique du principe. La parole n'engage que lors qu'elle a été donnée et reçue respectivement, et comment reconnaître l'existence de cette condition, tant que la lettre qui la renferme est encore un secret, et par conséquent est censée ne pas exister pour l'une des parties.

Aussi, M. Troplong n'hésite-t-il pas : « Une offre faite par lettre, enseigne-t-il, peut-être rétractée jusqu'à acceptation de la part de celui à qui elle est adressée; tant que l'écrivain n'a pas reçu une réponse, il peut se dédire.[1] »

« Le proposant, estime de son côté M. Pardessus, peut se rétracter le lendemain, le surlendemain de la lettre, en un mot, avant l'arrivée de la réponse du correspondant.[2] »

104. — M. Duranton, au contraire, attache le sort de la vente au seul fait de l'acceptation. Elle est parfaite, dit-il, si le changement de volonté de l'auteur de la pro-

[1] N° 25.
[2] N° 250.

position, sa mort ou sa démence n'avait eu lieu que depuis que l'autre partie aurait manifesté son adhésion à la proposition, par l'envoi des marchandises, ou par une réponse, encore bien que la marchandise ou la réponse ne fût point encore parvenue à sa destination au moment du changement de volonté, de la mort ou de la démence; car il y aurait eu concours des volontés, quoique l'auteur de la proposition ne connût pas celle de l'autre partie au moment de sa mort, de sa démence ou de son changement de volonté.[1]

105. — Mais qui empêche l'expéditeur d'arrêter les marchandises en cours de voyage, de les faire rétrograder, de leur donner une toute autre destination? Quel moyen aurait l'auteur de l'offre pour contraindre l'exécution d'un marché forcément resté pour lui à l'état de proposition.

Celui à qui elle est adressée aurait-il répondu qu'il l'acceptait? Mais, à son tour, il peut demain ne plus vouloir ou n'être plus à même de vouloir ce qu'il voulait et croyait pouvoir faire hier. Lui contestera-t-on le droit de se dédire, s'il est impossible de ne pas le concéder au proposant?

Or, que celui-ci puisse se rétracter tant que sa lettre n'a été ni lue ni reçue par son destinataire, nous venons de l'établir, et personne ne le conteste, car on n'aurait pu le faire sans méconnaître le caractère de la lettre missive.

[1] T. 16, n° 45.

Cette lettre, dit Merlin, n'étant qu'une série de paroles adressées à un absent, reste sans effets possibles tant que celui à qui ces paroles sont adressées ne les a pas entendues, comme elles seraient sans effets si, étant adressées à une personne présente, cette personne était, par une cause physique, hors d'état de les entendre.

Or, continue Merlin, comment une personne absente peut-elle entendre les paroles qui lui sont adressées? Elle ne peut certainement les entendre que par la lecture de la lettre qui lui est adressée et qui les contient. La lettre par laquelle je contracte une obligation ne peut donc remplir son objet qu'autant que je puis être censé persister, au moment où elle arrive, dans la volonté que j'avais en l'écrivant.

Dès-lors, conclut Merlin, celui qui a d'abord accepté l'offre qui lui est faite, peut modifier son acceptation, la rétracter même, tant que la lettre qui l'annonçait n'est pas encore arrivée aux mains de son destinataire. Conformément à ces conclusions, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rouen qui l'avait ainsi jugé.[1]

L'opinion de M. Duranton atteint donc à ce résultat, que l'auteur de l'offre serait lié par l'acceptation, tandis que celui qui l'aurait donnée le serait encore si peu qu'il pourrait la rétracter. Ue pareille anomalie ne saurait être admise, un contrat ne saurait être parfait pour l'un, imparfait pour l'autre, et puisque l'obligation de l'acceptant n'est acquise qu'à la réception de la lettre qui l'an-

[1] *Rép.*, v° *Vente*, § 1, art. 3, n° 11 bis.

nonce, celle de l'auteur de la proposition ne reconnaît et ne peut reconnaître un autre point de départ. Il peut donc jusque-là retirer sa proposition, comme l'autre partie revenir de son acceptation.

106. — Qu'arriverait-il si celui à qui on demande telle marchandise, pour un tel prix, expédiait immédiatement cette marchandise sans répondre autrement.

Le principe que nous venons de rappeler résout cette question, l'auteur de l'offre aurait incontestablement le droit de la retirer jusqu'à réception de l'avis de l'expédition, et si en fait il l'a retirée avant, il n'y a jamais eu de vente.

Néanmoins Pothier estimait que dans cette hypothèse le correspondant qui, dans l'ignorance du changement de volonté, de la mort ou de la démence, avait fait partir les marchandises demandées, était fondé à contraindre l'exécution du marché contre l'auteur de la demande, ses héritiers ou ses représentants.

Mais ce résultat, Pothier l'induisait, non comme conséquence d'une vente qu'il enseigne n'avoir jamais existé, mais de l'application du principe que toute personne doit être indemnisée du préjudice que lui occasionne le fait d'autrui.

Or, dans notre hypothèse, celui dont se plaindrait l'expéditeur serait incontestable. On ne saurait lui reprocher d'avoir agi avec précipitation, car une exécution sans délai d'une commande est trop dans les convenances commerciales, dans l'intérêt de l'auteur de cette commande pour qu'il puisse s'en plaindre. Cependant, en se

dépouillant de ses marchandises, il s'est interdit la possibilité de les vendre à d'autres et d'éviter ainsi la baisse qui a pu survenir. L'expédition a donné lieu à des frais d'emballage, de transport pour l'aller qui s'aggraveraient de ceux de retour si la marchandise restait pour son compte et s'il devait la reprendre.

Ne serait-il pas souverainement injuste de laisser ces frais et tous les risques à la charge de l'expéditeur ? Ou l'auteur de l'offre a fait une demande irréfléchie, ou il ne cherche, en la retractant, qu'à éviter une perte que les circonstances lui font entrevoir. Qu'on lui permette de reprendre sa parole soit, mais à la condition de remettre celui qu'il a provoqué dans la position qu'il avait avant cette provocation.

C'est au reste ce que la doctrine tant ancienne que moderne a toujours enseigné. A l'opinion de Pothier, M. Troplong invoque et ajoute celle de Balde, dont il rappelle les termes : *Puto tamen quod recipiens nuncium vel epistolam, si aliquas impensas fecisset vel damna habuisset propter nuncium vel epistolam ante scientiam vel certiorationem de pœnitentia mittentis ad expensas et damna posseret agere.*

L'obligation d'indemniser reconnue et admise, ses conséquences sont naturellement indiquées dans notre hypothèse. Les marchandises expédiées doivent rester pour le compte de celui qui en a reclamé l'envoi, si non en force de la vente, comme l'enseigne M. Troplong, du moins à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice qu'il a occasionné.

107. M. Pardessus arrive au même résultat, mais en se plaçant à un autre point de vue, en ne voyant dans l'opération qu'un contrat de commission.

« Lorsque, dit-il, une lettre a été écrite non dans les termes d'une proposition, mais dans ceux d'un ordre ou commission d'acheter et d'envoyer telle marchandise à tel prix, soit que celui à qui la commission est donnée fournisse la marchandise, ce que nous verrons n'être pas interdit;[1] soit qu'il doive les acheter, c'est moins une convention de vente qu'un contrat de commission; et comme ce contrat devient parfait non-seulement par l'acceptation expresse de la personne à qui le pouvoir est adressé, mais encore par l'exécution qu'elle lui donne sans autre déclaration de volonté, ce que nous venons de dire en cas de vente n'est pas applicable dans toute son étendue. Le commerçant qui, à la réception de cet ordre, s'est mis en devoir de l'exécuter, a par cela seul opéré ce concours de volontés suffisant pour former le contrat.[2]

L'hypothèse dans laquelle se place M. Pardessus et les conséquences qu'il en déduit sont incontestables. Il est évident que s'il s'agit d'un ordre d'achat, son exécution immédiate est dans les prévisions de celui qui le donne, et que celui qui le reçoit n'a à s'expliquer que s'il refuse le mandat qui lui est donné.

108. — Il n'y a donc aucune assimilation possible entre cette hypothèse et celle où il s'agit d'une proposi-

[1] Notre *Comm. de la Commission*, n° 27.
[2] N° 251.

tion d'achat adressée à celui à qui on demande de prendre la qualité de vendeur. Le contrat n'est dans ce cas parfait que par le consentement de celui-ci, consentement qui est censé ne pas exister tant qu'il n'est pas connu de celui qui le provoque.

Celui-ci ne peut donc jusque-là être considéré comme acheteur, mais il est incontestablement tenu en raison, en équité et en droit, d'indemniser du préjudice que son offre a occasionné, et comme la détermination des dommages-intérêts appartient souverainement aux juges, rien n'empêcherait que l'exécution donnée au marché lui fût imposée à ce titre.

109. — Le doute qu'on ne saurait guère concevoir lorsqu'il s'agira d'une proposition d'achat, peut surgir dans le cas d'offres de vendre. On sait que les commerçants qui correspondent entre eux se transmettent ordinairement les prix courants de la place, et surtout ceux des denrées et marchandises dont ils traitent plus spécialement.

D'autres fois ce sont des circulaires que les détenteurs d'une matière répandent à profusion, et dans lesquelles ils offrent de vendre à des prix déterminés.

Tandis que l'un soutiendra avoir reçu une de ces circulaires, l'autre prétendra n'avoir envoyé que les prix courants, il faudra donc tout d'abord déterminer la nature et le caractère de la proposition.

110. — On ne saurait à ce sujet prévoir des doutes bien sérieux. Il est difficile de confondre l'envoi de prix

courants avec celui de circulaires. Le premier n'est donné et reçu qu'à titre de renseignements qu'un correspondant intelligent et dévoué doit à son correspondant. On ne saurait donc y voir une proposition de vendre.

Toutefois cet envoi pourrait avoir un autre objet; s'il émanait d'une maison de commission, il ne ferait que solliciter des ordres dont l'exécution reste toujours subordonnée à l'état du marché au jour de leur réception. La maison ne contracte d'autre obligation que celle de remplir les commandes qu'on lui demanderait s'il y a possibilité de le faire.

111. — Quant aux circulaires des commerçants en gros, fabricants ou autres détenteurs de denrées et marchandises, M. Pardessus distingue. En général, dit-il, lorsque des offres sont faites par des circulaires, catalogues ou autres annonces qui s'envoient indistinctement et sans qu'il ait existé des relations antérieures, on doit sous-entendre toujours la condition que celui qui les fait ne s'engage à fournir les choses offertes qu'au cas où il ne les aurait pas vendues à d'autres ou qu'autant qu'il s'en trouvera sur le lieu, s'il n'a fait que des offres de fournir par commission. Au contraire, si les offres sont en quelque sorte individuelles et plutôt une véritable proposition de vendre à cette personne qu'une offre faite à quiconque recevra la circulaire, celui qui fait la proposition ne pourrait refuser de livrer, si la demande lui est adressée immédiatement après la réception de la circulaire. Seulement, si l'offre était d'un corps certain, il faut

qu'il ne soit pas péri lorsque l'acheteur répond qu'il accepte la proposition.[1]

112. — La proposition de M. Pardessus est exacte, si elle se réduit à distinguer si l'auteur de la circulaire a provoqué des ordres ou fait un offre. Mais nous ne saurions lui assigner ce caractère, s'il entendait subordonner la nature de l'opération au plus ou moins de publicité de la circulaire. Qu'importe, en effet, qu'elle ait été envoyée indistinctement et sans qu'il ait existé de relations antérieures. Elle n'en sera pas moins une offre de vendre, si, en effet, le but qu'elle se propose est de solliciter des acheteurs. L'offre, dans ce cas, sera même individuelle pour chacun de ceux qui la recevront, et qui n'ont ni à rechercher, ni à s'enquérir si leur voisin a été favorisé du même envoi. L'absence de relations antérieures ne saurait non plus être d'aucune considération. En provoquer de nouvelles et plus étendues est trop dans les convenances et les nécessités du commerce, et l'intérêt qui s'y attache explique fort bien les tentatives faites dans ce sens.

La distinction de M. Pardessus signale la difficulté que la détermination du véritable caractère de la circulaire peut faire surgir. Il convenait donc de rechercher les éléments de sa solution, ces éléments sont d'abord les termes mêmes de la circulaire, il est impossible, en effet, que si l'auteur n'a offert et promis que son concours, que l'exécution des ordres qui lui seraient donnés, on n'en trouve pas la preuve dans la teneur de sa circulaire.

Un autre élément non moins décisif peut résulter de la qualité ; si la maison qui envoit la circulaire est une maison de commission, si elle s'y intitule telle, et qu'en indiquant le prix des choses qu'elle offre elle mentionne le taux de la rétribution qu'elle entend se réserver, on déciderait avec raison qu'elle n'a proposé que de servir d'intermédiaire. On ne saurait donc lui demander autre chose, ni la faire considérer comme ayant offert de vendre.

Que si l'auteur de la circulaire, se disant détenteur de la chose, indique le prix qu'il entend en retirer, il y a évidemment proposition de vente, et par conséquent obligation pour lui de livrer, si l'acceptation avait été immédiatement envoyée. L'autoriser à ne pas le faire sous prétexte qu'il a vendu à d'autres, ou que la chose ne se trouve pas sur les lieux, ce serait lui reconnaître la faculté d'exécuter la vente en cas de baisse de l'article, de l'annuler en cas de hausse ; c'est-à-dire livrer l'acheteur à sa discrétion.

C'est donc par la qualité prise dans la circulaire, par ses termes et les conditions qui y sont stipulées, qu'on résoudra la question, s'il y a vente ou non ; si l'offre est actuelle et définitive, ou si elle ne renferme que l'annonce d'un projet non encore arrêté.

113. — A ce sujet, on s'est demandé si les termes : *Je veux vous vendre telle chose pour la somme de...* contiendraient une offre de vendre que l'acceptation rendrait définitive ?

Nous lisons dans Pothier que Cyrus ne voyait là qu'un

pourparler, parce que *vouloir vendre* n'est pas encore vendre, de même que vouloir monter sur un arbre n'est pas y monter.

Mais, continue Pothier, Fabien de Monte soutient au contraire avec plus de raison que ce discours exprime cette vente qui a toute sa perfection. Il répond à l'objection qu'il est vrai que vouloir faire une chose ce n'est pas encore la faire, lorsque cette chose consiste dans un fait extérieur; ainsi vouloir monter sur un arbre n'est pas encore y monter. Mais vouloir faire une chose qui se fait par la seule volonté de la faire, sans aucun fait extérieur, c'est la faire. C'est pourquoi *vouloir vendre*, c'est la même chose que *vendre*, lorsque la volonté de celui à qui je veux vendre concourt avec la mienne; et dire *je veux* vendre, c'est la même chose que dire *je vends*.[1]

114. — Ce qui imprime à cette doctrine un caractère juridique incontestable, c'est que les termes *je veux vendre* indiquent une volonté née, actuelle, arrêtée, dont la réalisation est uniquement subordonnée à l'acceptation de la proposition par celui à qui elle est adressée. Cette acceptation arrivant avant toute rétractation, il y a ce qui suffit à la perfectibilité de la vente, c'est-à-dire entente parfaite sur ses conditions essentielles, puisque celui-ci veut vendre, celui-là acheter telle chose, à tel prix.

Mais il n'en serait pas de même si l'intention de vendre n'était indiquée que comme un projet sans indication du moment de sa réalisation, par exemple, ces expres-

[1] N° 33.

sions : JE VOUDRAIS *vous vendre telle chose au prix de*.. Fabien de Monte et Pothier ne considèrent pas cette locution comme une proposition de vendre, parce que *verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat*. Aussi, enseigne ce dernier, quoique vous ayiez répondu que vous voulez bien en donner le prix, il n'y a pas encore vente, et je puis changer de volonté, à moins que je ne vous ai répliqué que c'était une affaire faite, ou quelque autre chose de semblable.[1]

Au reste, les difficultés de cette nature se présenteront beaucoup plus en fait qu'en droit. Elles constituent des questions d'intention des parties, d'interprétation des termes de la convention de leurs sens réels. Les tribunaux sont donc appréciateurs souverains et n'ont d'autre guide obligé que les inspirations de leur conscience.

115. — Le concours des volontés sur le caractère du contrat, sur la chose et sur le prix rend la vente parfaite. Dès ce moment, dit l'article 1583 du Code Napoléon, la propriété est acquise à l'acheteur, à l'égard du vendeur, quoique la chose n'ait pas été encore livrée, ni le prix payé.

La conséquence la plus importante qui s'en déduit est que, dès ce moment aussi, les risques de la chose sont à la charge de l'acheteur, et que si elle périt avant la délivrance, le perte est pour son compte, *res perit domino*.

Cette conséquence suppose d'une part que la vente est

[1] *Ibid.*

pure et simple; d'autre part, qu'elle a pour objet un corps certain et déterminé.

Si la chose a été vendue au poids, au compte ou à la mesure; si elle doit être dégustée, la vente est parfaite par le concours des volontés en ce sens, que chaque partie a le droit de contraindre l'autre à prendre ou à livrer la chose vendue, et, par conséquent, à opérer la dégustation, le pesage, comptage ou mesurage. Mais les risques ne passent sur la tête de l'acheteur qu'après l'opération qui déterminera et précisera ce qui a fait la matière de la vente. Jusque-là, la chose vendue, confondue avec celle de même nature que possède le vendeur, n'est pas certaine, et il serait impossible de déterminer si la perte a porté sur elle, ou sur celle qui devait rester au vendeur.

116. — Le caractère de la vente, au point de vue de ses effets et notamment de la responsabilité de la perte survenue dans l'intervalle du contrat à l'exécution, est donc d'un puissant intérêt. Nous devons donc rechercher et exposer les règles auxquelles la doctrine et la jurisprudence en ont subordonné la détermination.

Aucun doute ne saurait surgir, si la vente est d'un corps certain et déterminé. Nous avons traité de l'achat et de la vente du trois-mâts la *Ville-de-Marseille*, de 500 tonneaux, ancré dans tel port ou sur telle rade, ou en cours de voyage. La vente est parfaite, elle a définitivement transféré la propriété à l'acheteur, et si depuis le navire a péri, la perte est exclusivement pour son compte, alors même que le prix ne serait pas encore exigible.

117. — Aucune difficulté ne saurait non plus exister, mais, dans l'autre sens, si nous avons traité de 50 balles laines, 10 barriques sucres, 200 hectolitres blé. L'acheteur a le droit d'exiger, et le vendeur l'obligation de livrer l'objet vendu en nature et quantité. Il est possible que, depuis le contrat, ce dernier ait perdu 50 balles de laine, 10 barriques de vin, 200 hectolitres blé. Mais comment établira-t-il que les uns ou les autres étaient précisément ceux qu'il avait vendus? Tant que la chose restait en sa possession, confondue dans son actif personnel, le droit de l'acheteur n'était ni certain, ni déterminé. On ne pourrait donc lui infliger la responsabilité de la perte.

Il y a même plus, la chose vendue au poids, au compte, à la mesure, ne se placerait pas en dehors de cette règle, alors même qu'elle eût été spécialisée par le contrat, par exemple si les 50 balles de laine ont été déclarées reposer dans tel magasin, les sucres et le blé à bord de tel navire, ou à l'entrepôt ou dans les magasins de la douane.

Tout l'effet de cette stipulation se réduirait à empêcher le vendeur d'offrir une autre marchandise que celle renfermée dans le local désigné, mais elle ne pourrait autoriser une exception à la règle si générale, si absolue de l'article 1585 du Code Napoléon.

118. — La seule dérogation que comporte le principe est celle édictée par l'article lui-même, et dont l'article 1586 déduit les conséquences. La vente en bloc, *per aversionem*, transfère la propriété actuelle et met la chose aux risques de l'acheteur même avant le pesage, comptage ou mesurage. Ce résultat, disait Domat, tient à

ce que dans cette vente on sait précisément ce qui est vendu, le prix en est invariable, alors même qu'on aurait exprimé la quantité ; l'insuffisance du poids ou de la mesure ne produit d'autre effet que de donner à l'acheteur une action pour obliger le vendeur à parfaire.[1]

Mais cela suppose que le tout, déclaré d'une telle contenance, ou d'un tel poids, est vendu pour un prix unique et uniforme. Comme l'observait Domat, si ce prix a été stipulé à tant pour chaque pièce, pour chaque livre, pour chaque mesure ; la vente, quoique portant sur un tout déterminé, n'exigerait pas moins pour sa perfection le comptage, pesage ou mesurage.

119. — Nous n'avons pas besoin de relever l'importance de la détermination du caractère de la vente en cas de perte survenue entre le contrat et son exécution. De sa solution, en effet, dépend la responsabilité de l'une ou de l'autre des parties.

Or, rien ne serait plus facile si on ne devait considérer comme vente en bloc que celle qui porterait sur un tout sans mention de nombre, de poids ou de mesure, et pour un prix convenu et arrêté.

Mais l'article 1586 prouve que la mention du nombre, du poids, de la mesure n'a rien d'antipathique à la vente en bloc, il la suppose au contraire à tel point qu'il règle le sort de la vente avant le pesage, comptage ou mesurage.

D'autre part, la stipulation d'un prix unique et dé-

[1] Proc. verb. du cons. d'Etat, du 22 décembre 1803.

terminé n'établit pas nécessairement la vente en bloc, puisque sa quotité peut avoir été calculée sur le nombre, sur le poids ou la mesure promis et à raison de tant pour l'un ou pour l'autre.

Cependant plus la question était difficile à fixer, et plus il convenait de tracer les règles auxquelles devait obéir son appréciation. Voici celles que Pothier recommandait :

120. — *Première règle.* — Il n'est pas douteux que la vente est faite à la mesure, lorsque le prix est expressément convenu pour chaque mesure, soit que le contrat porte qu'on vend tous les muids de blé qui sont dans tel grenier à raison de tant par muid, soit qu'il porte qu'on vend un tas de blé qui est dans un tel grenier, qui contient dix muids, à raison de tant le muid. Dans l'un et dans l'autre cas, la vente est faite à la mesure. Toute la différence est que dans le premier le surplus de ce qui se trouverait au-delà de dix muids n'est pas vendu, au lieu que dans le second tout le tas de blé est vendu, quoiqu'il se trouve plus de dix muids.

Deuxième règle. — Lorsqu'on vend tant de mesures d'une telle chose, la vente ne cesse pas d'être à la mesure quoique les termes du contrat n'expriment qu'un seul prix ; comme lorsqu'il est dit qu'on vend dix muids de blé pour 500 livres. Ce prix n'étant censé n'être que le total du prix pour lequel chaque muid est vendu.

Troisième règle. — L'orsqu'on vend pour un seul prix, non tant de mesures d'une telle chose, mais une telle chose qu'on dit contenir tant de mesures, la vente

est faite *per aversionem* ; comme lorsqu'il est dit qu'on vend pour la somme de 1,000 livres un tel pré, qu'on assure être de la contenance de 20 arpents. En conséquence la chose est, dès le moment du contrat, aux risques de l'acheteur. L'expression du nombre des arpents n'a d'autre effet, dans ce cas, que d'obliger le vendeur à faire raison à l'acheteur du défaut de contenance, s'il s'en trouve moins.[1]

121. — M. Troplong trouve ces règles d'une justesse irréprochable, et en recommande l'observation que la jurisprudence a d'ailleurs consacrée.

La Cour d'Orléans appliquait les deux premières lorsque, le 27 décembre 1816, elle jugeait que lorsqu'une vente de bois a été faite pour un prix fixé par arpent, et que le nombre d'arpents vendu est déterminé dans le marché pour un prix total également déterminé, on ne peut pas dire que la vente ait été faite en bloc et non à la mesure; qu'ainsi un arpentage est préalablement nécessaire pour fixer la contenance du bois vendu, parce qu'on peut présumer que s'il y avait plus d'arpents dans la vente que ceux indiqués dans le contrat, l'acheteur n'eût pas porté à un prix aussi élevé celui de chaque arpent.

Par application de la troisième, la Cour de cassation déclarait, le 24 août 1830, que la vente d'un baril d'azur de 100 kilog., moyennant le prix de 1,000 fr., était faite en bloc et non à la mesure.

[1] N° 310.

122. — Cet arrêt, approuvé par M. Troplong, est critiqué par M. Duvergier. Lorsque le contrat indique la quantité, dit ce dernier, il n'y a vente en bloc que si, dans l'intention des parties, le poids ou la mesure ne doit exercer aucune influence sur la quotité du prix, et que si le vendeur n'est pas obligé de les parfaire l'un ou l'autre. Or, dans l'espèce, si le vendeur eût envoyé un baril de 95 kilog., l'acheteur aurait eu le droit d'en réclamer cinq, c'est-à-dire qu'il se fût trouvé dans la même position que s'il eût acheté 100 kil. à raison de 10 fr. l'un; donc la vente était, non en bloc, mais à la mesure.[1]

123. — M. Duvergier aurait incontestablement raison en droit romain. Sous son empire, la vente en bloc excluait toute indication de quantité, il fallait que la vente comprît *omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum quantumcumque esset, uno pretio*.[2] D'où Cujas concluait qu'il n'y avait vente en bloc que lorsque les choses étaient transmises *confuse et acervatim, pretio insimul dicto, non in singulas res constituto*.

En droit français, cette vente serait non-seulement en bloc mais encore à forfait. Tout pesage, comptage ou mesurage serait inutile, car ses résultats seraient sans influence sur le contrat, le plus ou moins dans la quantité restant à l'avantage ou aux risques de l'acheteur.

Ce n'est donc pas cette vente dont s'occupe l'article 1586 du Code Napoléon, et puisqu'il prévoit la néces-

[1] T. 1, n[os] 90 et suiv.
[2] L. 15, § 5. Dig. *De Cont. empt.*

sité du pesage, comptage ou mesurage dans la vente en bloc, c'est qu'il admet ce caractère lorsque la quantité de la chose vendue a été indiquée; c'est que, comme Pothier, il n'attribue alors à cette indication d'autre effet que d'obliger le vendeur à parfaire la contenance déclarée, et c'était justice.

La preuve, en effet, qu'on n'a pas traité au poids ou à la mesure, c'est qu'on n'a ni acheté ni vendu à tant le quintal ou la mesure, mais le prix unique et total n'en a pas moins été calculé sur la quantité réelle de la chose. Il est certain que celui qui croit acheter 10 muids de blé à 500 fr., donnerait un prix moindre si on ne devait lui en livrer que six, que huit, que neuf.

D'ailleurs, en commerce on ne procède guère à l'aveugle, et celui qui achète pour revendre entend avant tout être fixé sur le prix de revient. Il faut donc qu'il rapproche le prix qu'il donne de la quantité de ce qu'il doit recevoir, et qui devient l'élément essentiel de la détermination du prix. Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, par exemple, l'acheteur ne donnait 1000 fr. du baril d'azur que parce que sa contenance de 100 k. lui faisait revenir la marchandise à 10 fr. le k. Eût-il traité s'il avait pu craindre qu'elle lui revînt à 11 ou 12 fr.? Sans doute la vente ne sera pas à forfait, mais son caractère de vente en bloc résultera suffisamment : 1° de ce que la chose est intégralement et en totalité cédée ; 2° de la stipulation d'un prix déterminé. L'indication de la quantité ne saurait en ces circonstances lui enlever ce caractère. Elle n'est plus en effet que la détermination de la chose vendue, qu'un *minimum* sur lequel le prix a été établi.

Livrer une chose d'une contenance ou d'une capacité moindre serait donc enlever au contrat une de ses conditions essentielles, l'identité de chose.

Ainsi, dit M. Troplong, je vous vends, pour 1500 fr., tout le sucre qui est dans mon magasin, de la quantité de 1800 kilog. Une telle vente est faite en bloc et n'est pas conditionnelle. Le prix est certain, la chose déterminée, les éléments du contrat se présentent sans modification, sans suspension et avec un caractère pur et simple. A la vérité, il est ajouté que la quantité du sucre s'élève à 1800 kilog., mais c'est là une énonciation purement démonstrative.[1]

Voët allait plus loin encore, il admettait comme vente en bloc celle qui transférait la chose dans son ensemble, malgré que le prix eût été stipulé à tant la mesure : *Non aliud dicendum est si quis omne vinum in dolio reconditum seu doleare, vendat, atque ita totum corpus vini, dolio contenti, pretio sic constituto, ut proportione mensuræ. Per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia ; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quamdam quantitatis vini pure pleneque distracti.*[2]

La condition exigée par Voët paraît peu conciliable avec une vente en bloc, puisque le prix ne sera certain et déterminé que par le mesurage. Mais elle se rencontre dans l'hypothèse de M. Troplong, pour laquelle il est

[1] N° 92.

[2] *Ad Pandectas, lib.* 18, *tit.* 6, *n°* 4. *De Per. et Comm. rei vend.*

rationnel de dire avec Voët que le mesurage n'est exigé *quo usque possit, neque tamen ideo conditionalem, aut necdum perfectam facit venditionem.*

Dans la vente à tant la mesure, le mesurage est le complément forcé du contrat, dont seul il déterminera le prix. Il peut donc être réclamé et contraint par le vendeur comme par l'acheteur.

C'est ce dernier seul qui peut l'exiger lorsque la vente comprend la totalité de la chose déclarée d'une telle contenance pour le prix de....... Son résultat unique serait pour lui le droit d'être indemnisé du déficit sur la quantité indiquée. Le bénéfice étant purement personnel, comment reconnaître qu'un autre que lui pût le réclamer.

Le vendeur n'aurait action que s'il devait à son tour être indemnisé de l'excédant sur la quantité déclarée. Or, ce droit n'a jamais existé. La raison, dit Pothier, est que le champ, par exemple, qu'on a déclaré par erreur de dix arpents, quoiqu'il fût de douze, a été vendu entier. L'intention des parties n'a pas été qu'il en fût rien excepté. La clause, par laquelle le vendeur accuse qu'il est de dix arpents n'est qu'en faveur de l'acheteur; c'est le vendeur seul qui promet et s'engage. L'acheteur, par cette clause ne contracte aucune obligation, et par conséquent ne peut être tenu de faire raison du surplus de la contenance.[1]

Evidemment, dans l'hypothèse de M. Troplong, celui

[1] N° 253.

qui a vendu tous les sucres qu'il a dans son magasin pour 1500 francs, n'a entendu ni s'en réserver aucuns, ni rien recevoir au-delà de cette somme. A quel titre donc prétendrait-il en retenir une partie quelconque, ou en exiger le prix? Comment, dès-lors, lui reconnaître la faculté de provoquer un mesurage auquel l'acheteur déclarerait renoncer?

Qu'on ne dise pas que c'est là créer une inégalité choquante, cette inégalité, relativement à l'exécution du contrat, est la conséquence forcée de la nature des choses, de la position respective des parties au moment du marché.

L'acheteur ne peut apprécier le prix qui lui est demandé, et arrêter celui qu'il doit offrir, que relativement à la quantité de la chose qu'il doit recevoir en échange. Cette quantité, il n'a pu la vérifier, ni avant la vente, ni au moment de sa conclusion, puisqu'elle lui est cédée en bloc. Il a donc dû accepter la déclaration qui lui en a été faite, et dont il ne pouvait contrôler la sincérité. Ce qui lui a été vendu est donc la quantité déclarée qu'il doit recevoir comme juste équivalent du prix qu'il donne, admettre le contraire, c'était appeler et encourager la mauvaise foi, la déloyauté et la fraude.

Le vendeur, au contraire, quoique vendant en bloc, n'ignore pas, ne peut pas ignorer la contenance réelle de ce qu'il vend. Il a les choses en sa possession, il peut les compter, peser ou mesurer; dans tous les cas, ses livres constatant les entrées et les sorties indiquent et fixent par cela même ce qu'il a encore en sa possession. Son intérêt à procéder à l'un, à consulter les autres, est

trop évident pour qu'il se plaigne qu'on lui en ait fait le devoir.

Ainsi, le vendeur accusant moins se trompe volontairement et commet une faute ; l'acheteur à qui on indique plus est trompé, et la preuve qu'il n'entend pas l'être, c'est que, achetant en bloc, il exige la déclaration du poids, du nombre ou de la mesure ; nous avons raison de dire que cette différence dans la position justifie celle que nous signalons dans le résultat.

124. — Les termes de l'article 1585 ont fait surgir une difficulté sur leur portée réelle. En effet, la vente au poids ou à la mesure n'est déclarée imparfaite jusqu'au pesage ou mesurage, que relativement aux risques restant jusque-là à la charge du vendeur. Faut-il en conclure que la vente est parfaite à tous autres égards, qu'elle a, le point de vue des risques excepté, transféré la propriété de la chose vendue ?

L'intérêt qui s'attache à la solution de la question est facile à saisir dans l'hypothèse de la faillite du vendeur avant le mesurage ou le pesage. En effet, l'acheteur qui a payé le prix pourra ou non revendiquer la chose, et en contraindre le pesage ou mesurage suivant qu'on décidera qu'il en a ou non acquis la propriété.

Or, la conséquence la plus immédiate du droit de propriété est de placer la chose aux risques de celui à qui elle appartient, *res perit domino*. Il semble donc qu'en laissant ces risques à la charge du vendeur jusqu'au pesage ou mesurage, l'article 1585 a par cela même déclaré que la propriété n'a pas cessé de résider sur sa tête.

Mais, d'autre part, l'article 1583 vient de déclarer que la vente est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, et l'article 1585 semble appliquer ce principe lorsqu'il autorise l'acheteur à exiger la délivrance. Comprendrait-on cette faculté s'il n'avait encore aucun droit de propriété sur la chose.

Il y aurait donc, entre la première et la dernière disposition de l'article 1585, une contradiction évidente, une anomalie étrange qu'on ne peut admettre dans la pensée du législateur. Cette pensée, la discussion au conseil d'État va en indiquer et préciser la nature.

Dans le projet préparé par la commission, notre article portait : *Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée.*

Le tribunat fit observer que cette rédaction donnerait naissance à une grave difficulté. On pourrait en conclure, disait son orateur, qu'il n'y a pas même de vente, en sorte que l'acheteur n'aurait pas même le droit de forcer le vendeur à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement existe, et le vendeur peut toujours être obligé ou à délivrer la chose vendue, ou, s'il ne le fait pas, aux dommages-intérêts.

« Le seul effet que doive produire la circonstance énoncée dans l'article, est que n'y ayant pas d'accomplissement de la vente, quoique la vente existe, les risques que court la chose vendue sont, dans ce cas particulier, à la charge du vendeur jusqu'au pesage, comptage ou mesurage. »

Ces observations, qui firent consacrer la rédaction actuelle, en expliquent la portée. Ainsi que le disait M. Faure, dans son rapport au tribunat, dans la vente au poids, au compte ou à la mesure, l'acheteur ne peut devenir propriétaire des marchandises que lorsqu'elles auront été pesées, comptées ou mesurées, car jusque-là rien n'est déterminé, et tant qu'il n'y a rien de déterminé les marchandises restent au vendeur. C'est sous ce point de vue que la vente n'est pas parfaite. Au surplus, il existe un engagement réel entre les parties dès le moment du contrat. De cet engagement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la délivrance en faisant la vérification convenue; et pour le vendeur le droit de demander le prix, en offrant de faire la livraison.

De son côté, le rapporteur du Corps législatif n'était ni moins formel, ni moins précis. Il était important, disait-il, de distinguer le cas où il y a transmission de propriété de ceux où il n'y en a pas, quoiqu'il y ait toujours l'engagement qui fait le principe de la vente, cet engagement dont l'exécution peut être réclamée.

« La raison de cette distinction est que dans le cas où la vente est parfaite par le seul consentement, la chose vendue est la propriété de l'acquéreur, et dès-lors elle est à ses risques, d'après la règle si connue *res perit domino*, au lieu que lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie avant le secours de quelques autres circonstances, la chose vendue est aux risques du vendeur; en sorte que, si auparavant elle périt, c'est pour le vendeur qui n'est pas encore dessaisi de la propriété. »

On ne peut donc conserver un doute. Le marché au poids, au compte ou à la mesure est une vente parfaite. Mais la propriété ne sera transférée que par le pesage, comptage ou mesurage, non que nous admettions un défaut de détermination, puisque la chose est indiquée par l'espèce et la quotité, et l'article 1129 du Code Napoléon n'exige que cela, ni qu'on doive prendre en considération que la marchandise reste en la possession du vendeur, puisqu'aux termes de l'article 1138 cette possession n'est pas un obstacle à ce que la chose demeure aux risques du créancier.

A nos yeux, l'effet admis par l'article 1585 s'explique d'abord par la règle édictée par l'article 1138. Le défaut de tradition ne fait pas obstacle à la responsabilité du créancier, mais du jour seulement où cette tradition a dû s'opérer. Jusque-là donc la chose reste aux risques du débiteur. Or, dans la vente au poids, au compte ou à la mesure, l'époque de la livraison n'est que celle du pesage, comptage ou mesurage. Dès-lors, les risques ne peuvent concerner l'acheteur.

Ensuite, et en abordant les principes spéciaux à la vente, nous expliquons la disposition de l'article 1585 par ce fait que la chose, toute déterminée qu'elle soit par son espèce et sa quotité, n'est pas encore individualisée, de telle sorte qu'il serait impossible de décider si cette chose achetée et vendue devait être prise là plutôt qu'ailleurs.

« Dans une vente de ce genre, enseigne M. Pardessus, l'acheteur ne peut prétendre que la propriété lui a été transmise par la convention, et faute de délivrance obte-

nir le droit d'enlever des magasins du vendeur une portion des marchandises de l'espèce de celles que désignerait la convention. Tout son droit se reduit à des dommages-intérets.[1] »

Comment dès-lors comprendre que le vendeur pût, après la perte survenue avant la délivrance, en laisser la charge à l'acheteur. L'absence de tout droit chez celui-ci exclut toute idée de propriété. Le vendeur aurait-il livré ce qui a péri, ou tout autre chose? Son allégation, uniquement dictée peut-être par le désir de se soustraire à la perte, ne saurait être accueillie, parce qu'elle serait injustifiable.

Loin donc de consacrer une exception à la règle *res perit domino*, l'article 1585 n'en fait qu'une saine application. Oui la vente au poids, au compte ou à la mesure est parfaite dès qu'il y a concours de *volontés* sur l'espèce et la quotité, et sur le prix, mais la propriété ne sera transférée et acquise que par le pesage, comptage ou mesurage qui précisera et individualisera la chose qui a fait la matière du contrat.

Doit-il en être autrement si, à l'indication de la qualité et de l'espèce, on a joint celle du lieu où la marchandise est reposée, par exemple dans la vente de 200 hectolitres blé ou 500 kilogr. sucre de tel magasin?

La doctrine ancienne n'avait pas hésité. Acceptant la décision du jurisconsulte romain, elle disait avec lui; *Si ex doleario pars vini venierit, veluti metretæ centum,*

[1] 281.

verissimum antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere.[1]

Ainsi, disait Pothier, si l'on a vendu dix muids de blé de celui qui est dans un tel grenier, dix milliers pesant de sucre, un cent de carpes, la vente n'est point parfaite que le blé n'ait été mesuré, le sucre pesé, les carpes comptées; car jusqu'à ce temps, *nondum apparet quod venierit*, il n'est pas encore constant quel est le blé, quel est le sucre, qu'elles sont les carpes qui font l'objet de la vente, puisque ce ne doit être que le blé qui aura été mesuré, le sucre qui aura été pesé, les carpes qui auront été comptées.[2]

Voët, qui considere comme faite en bloc la vente de la totalité du vin d'un tel cellier, alors même que le prix en a été stipulé à tant la mesure, ajoute : *Secus si pars quædam vini dolearis solummodo vendita esset, quia tunc ante admensionem sciri nequit quæ pars vendita intelligatur.*[3]

C'est cependant en sens contraire que la Cour de cassation s'est prononcée par arrêt du 11 novembre 1812.

Dans cette espèce, un sieur Larue, débiteur du sieur Peyramont, lui vend 36 toises de bois à brûler, à prendre dans ceux appartenant au vendeur, et notamment sur tous les bois par lui achetés du sieur Cabanon et qui se trouvaient lors de la vente dans le chantier du port de Sauviat. Le prix est payé tant en compensation

[1] L. 35, § 7, Dig., *de Cont. empt.* V. l. 5, Dig., *de Peric. et com. rei vend.*
[2] N° 309.
[3] *Loc. citat.*

qu'en argent ; Larue prend quatre mois pour livrer les bois dont, au reste, il déclare n'être plus que le gardien et le dépositaire.

Avant le mesurage, Larue, qui avait vendu et livré à des tiers les bois dont il devait livrer 36 toises à Peyramont, et qui, dans le flottage, avaient été confondus avec d'autres, est déclaré en faillite. Peyramont revendique les bois par lui achetés, tant contre les syndics que contre les tiers acheteurs.

Un jugement du tribunal de commerce de Limoges accueille cette prétention, et ordonne que les 36 toises de bois seront délivrées à Peyramont d'abord sur ceux qui étaient dans le chantier indiqué par l'acte de vente, et subsidiairement sur tous les bois qui pouvaient appartenir au failli.

Sur l'appel des syndics, la Cour de Limoges confirme le jugement le 1er septembre 1840. L'arrêt pose en fait que Peyramont était devenu propriétaire incommutable des 36 toises de bois, et que si ces bois étaient demeurés encore quelque temps entre les mains de Larue, ce n'était que comme conducteur et dépositaire ; que dès-lors il avait le droit de prendre les 36 toises de bois non-seulement dans ceux qui existaient dans le chantier indiqué par l'acte, mais encore dans tous ceux qui pouvaient appartenir à Larue, à défaut des premiers.

Cette conséquence ne paraît ni logique ni surtout juridique. En admettant que la propriété de la chose vendue eût été transférée irrévocablement, parce qu'on l'aurait en quelque sorte individualisée par la désignation du lieu où elle se trouvait au moment du contrat, il est évi-

dent que cette propriété n'était acquise, que sur la chose reposant dans le lieu désigné, qu'elle ne pouvait s'étendre à des objets qui ne s'y trouvaient pas, qui n'avaient peut-être jamais dû s'y trouver.

La Cour de Limoges s'écarte donc en ce point des principes universellement admis. Elle ne les méconnaît pas moins en consacrant le revendication en nature.

M. Pardessus vient de nous le dire, dans la vente au poids ou à la mesure, l'acheteur n'a pas le droit d'obtenir l'autorisation d'enlever des magasins du vendeur une portion de marchandises de l'espèce que désignerait la convention, il n'a que celui de demander la délivrance, et à défaut des dommages-intérêts. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui est textuellement écrit dans l'article 1585 du Code Napoléon ?

Cette limitation du droit de l'acheteur est remarquable, surtout lorsqu'on rapproche l'article 1585 de l'article 1610. Dans l'hypothèse de celui-ci, la propriété ayant été transférée, l'acheteur a le droit d'exiger non-seulement la délivrance, mais encore sa mise en possession. En ne permettant pas ce dernier droit, l'article 1585 n'a-t-il pas reconnu lui-même que dans les conditions qu'il trace la propriété n'a pas été transférée?

C'est là à notre avis la réponse péremptoire à l'interprétation que la Cour de Limoges fait de l'article 1585. L'arrêt considère que la vente était parfaite, et que la circonstance du défaut de mesurage du bois ne pouvait pas empêcher la translation de la propriété ; qu'il en résultait seulement que, jusqu'au mesurage, les risques étaient à la charge du vendeur, mais que la vente n'en était pas

moins définitive, et que tout ce qui est arrivé depuis à Larue ne peut nuire à cette propriété. C'est ce que la Cour de cassation admet également en rejetant le pourvoi dont l'arrêt de Limoges avait été l'objet.[1]

Merlin, reproduisant cet arrêt sans observatión, semble en approuver la doctrine. M. Duranton l'adopte explicitement et en fait la base de son opinion.

125.— Mais M. Troplong la repousse, et avec pleine raison selon-nous. La Cour de cassation, en déclarant que l'article 1585, loin de déroger à l'article 1583, en confirme le principe, en décidant que, même dans le cas qu'il prévoit, la vente est parfaite à tous autres égards que les risques, donne au premier un sens que ses auteurs ont bien positivement entendu lui refuser.

Nous avons déjà vu que dans la discussion au conseil d'État, que dans les observations du tribunat, le principe que dans la vente au poid ou à la mesure la perfection du contrat, quant à la propriété, était subordonnée au pesage ou mesurage, était universellement admis, et que si la vente n'a pas été déclarée imparfaite jusque-là, c'est qu'on a craint que ces expressions ne parussent repousser l'idée d'un lien obligatoire quelconque pour les parties.

Aussi voyons-nous M. Grenier, dans son rapport au Corps législatif, reconnaître que, dans le cas de l'article 1585, la vente existe, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie avant le secours de quelques autres circonstances.

[1] 11 novembre 1812.

La conclusion de M. Grenier est que si la chose périt avant, c'est pour le vendeur *qui n'est pas encore dessaisi de la propriété*.

« L'article 1583, continue M. Grenier, consacre le principe général, le consentement seul donne l'essence à la vente et emporte transmission de la propriété, une exception à ce principe est consignée dans l'article 1585.

« Donc, dans le cas de ce dernier, il n'y aurait de vente accomplie et consommée qu'après la pesée, le compte ou le mesurage de ce qui a été vendu ; jusque-là la perte ou les accidents seraient à la charge du vendeur.

« Par la même raison, si, avant l'une ou l'autre de ces opérations, le vendeur les revendait et les délivrait à un tiers, celui-ci en aurait la propriété exclusivement au premier acheteur, en faveur duquel il n'y a pas eu transmission de propriété. »

En présence de cette interprétation de la loi par le législateur lui-même, on ne peut se faire un doute sur la nature et le caractère de sa disposition. Si les risques sont à la charge du vendeur, c'est qu'il est resté seul propriétaire, ce n'est pas une exception à la règle *res perit domino* que l'article 1585 édicte, c'est son application qu'il consacre.

Il est vrai qu'il autorise l'acheteur à exiger la délivrance, mais il lui refuse la faculté de se faire mettre en possession, ce qui est l'attribut incontestable de la propriété. Celle-ci n'existe donc pas et ne peut s'induire du droit de demander la délivrance. Ce droit n'est que la conséquence du caractère que le législateur assignait à l'opération, qui, disait Portalis, constitue au moins une obli-

gation précise de vendre.[1] La demande en délivrance n'est que la conséquence de cette obligation, qu'une mise en demeure de lui donner l'exécution que sa légalité exige et commande.

Nous pensons donc avec M. Troplong que la vente au poids, au nombre ou à la mesure est parfaite en ce sens que le vendeur est obligé de livrer, et l'acheteur de recevoir la chose convenue en espèce et quantité. Mais jusqu'au pesage, comptage ou mesurage, la propriété est d'autant moins transférée, que la chose ne sera réellement déterminée que par leur accomplissement, c'est-à-dire que l'effet du contrat se trouve naturellement suspendu jusqu'à la réalisation de la condition qui doit en faire le complément.[2]

M. Duvergier refuse à la stipulation du pesage, comptage ou mesurage le caractère de condition, puisque l'opération n'est pas un événement futur et incertain, et que ce n'est pas même un fait dépendant de la volonté du vendeur et à l'exécution duquel il ne puisse être contraint; puisqu'au contraire le texte de l'article 1585 donne à l'acheteur le droit de demander la délivrance, c'est-à-dire le droit de faire opérer le pesage ou le mesurage ; et que si les lois romaines et les auteurs ont employé en cette occurrence le mot condition, le Code Napoléon ne s'en est pas servi (il ne s'en sert que pour les ventes à l'essai, article 1588.) En conséquence M. Duvergier admet que lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation,

[1] Exposé des motifs de l'art. 1583.

[2] *Continuat. de Toullier*, t. 16, n[os] 81 et suiv.

les marchandises ont été désignées non-seulement par leur espèce et leur quotité, mais encore par le lieu où elles sont reposées, la propriété est transférée.[1]

Donc M. Duvergier admet qu'à défaut d'indication du lieu qui les renferme, la propriété des marchandises vendues au poids ou à la mesure n'est transférée que par le pesage ou le mesurage. Cette concession est la condamnation de sa doctrine. L'indication du lieu fera bien que le vendeur ne pourra offrir, et l'acheteur exiger des marchandises autres que celles qui y sont reposées, mais bien certainement elle ne fera pas cesser l'incertitude sur la part qui sera livrée, et celle qui restera au vendeur. Dans ce cas, comme dans l'autre, il sera vrai de dire comme Voët : *Scire nequit quæ pars vendita intelligatur* ; et si cette incertitude est dans une hypothèse un obstacle au transfert de la propriété, on ne saurait sans inconséquence lui refuser cet effet dans toutes celles où son existence est évidente et certaine.

Peut-on d'ailleurs raisonnablement prétendre qu'au moment du marché le pesage ou mesurage n'est pas un fait futur et incertain ? Peut-on dire avec M. Duvergier qu'il ne dépend même pas entièrement du vendeur ? Oui, l'acheteur a le droit de le réclamer, mais non celui de le contraindre matériellement si le vendeur persiste dans son refus, la loi le réduisant dans ce cas à demander et à obtenir des dommages-intérêts.

C'est là l'explication du silence gardé par le Code sur la conditionnalité de la vente au poids ou à la mesure.

[1] Nos 86 et suiv.

L'idée d'une condition emporte celle de la résolution pure et simple, sans indemnité pour personne. Ainsi, dans l'hypothèse de l'article 1588, le résultat de l'essai fixera le sort de la vente, sans dommages-interêts de part ni d'autre.

C'est ce que la loi n'a pas voulu, ne pouvait pas vouloir dans l'hypothèse d'une vente au poids ou à la mesure. Le lien légal résulte du contrat lui-même et l'opération prévue n'en est que l'exécution. Le vendeur pourra bien la refuser, mais, comme dans toutes les obligations de faire, à condition d'indemniser le vendeur du préjudice qu'il éprouvera de l'inexécution. Comme le disait Portalis, le vendeur a contracté l'obligation précise de vendre, et l'on ne pouvait l'autoriser à s'en dispenser impunément.

Les objections de M. Duvergier ne sont ni en fait ni en droit la réfutation de la doctrine de M. Troplong, et ne sauraient en affaiblir l'autorité.

Pouvait-on, dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, décider comme on l'a fait, parce que la convention avait transféré la propriété à l'acheteur et déclaré que le vendeur n'était plus que le dépositaire de la chose vendue?

Sur ce point, nous différons avec M. Troplong lui-même, qui paraît l'admettre. Une clause de ce genre pouvait bien lier les parties, mais elle n'était opposable ni au tiers acheteur, ni à la masse des créanciers du vendeur.

Le premier, en effet, achetant une marchandise en mains de son vendeur, n'avait pas à s'enquérir et à se préoccuper de la nature de sa possession. La délivrance qui lui en était faite, fût-elle la violation d'un dépôt, n'en

était pas moins irrévocable, puisque la revendication du propriétaire n'est autorisée qu'en cas de perte ou de vol.

Quant à la masse, elle est, par la déclaration de la faillite, investie de tout l'actif du failli qui se trouve en sa possession. Elle ne devrait restituer les dépôts que si leur existence était constatée conformément à l'article 2074 du Code Napoléon. On pouvait d'autant moins lui opposer l'acte de vente, qu'à défaut de mesurage la chose vendue n'était pas même déterminée et précisée.

Comment, d'ailleurs, l'acheteur eût-il été recevable à exiger d'elle sa mise en possession, lorsqu'il n'aurait pu l'obtenir de son vendeur lui-même. Représentant de celui-ci, la masse, qui avait succédé à ses droits, était sans doute tenue de ses obligations. Or, celle du vendeur étant dans notre hypothèse de délivrer la chose ou de supporter les dommages-intérêts, ses créanciers, ses ayants droit se trouvaient exclusivement soumis à cette seule alternative.

126. — Le pesage, comptage ou mesurage doit être accompli à l'époque fixée par la convention. Mais les parties peuvent avoir omis de s'expliquer à ce sujet; quel sera l'effet de ce silence?

Le vendeur ne saurait évidemment prétendre ni que l'opération peut être indéfiniment ajournée, ni que son opportunité a été entièrement laissée à ses convenances. L'acheteur objecterait, avec beaucoup plus de raison, que si aucune époque n'a été désignée, c'est qu'elle devait se réaliser immédiatement.

Il serait donc recevable et fondé à l'exiger, sinon im-

médiatement, au moins après un délai que la position du vendeur commanderait, comme s'il avait vendu ce qui n'était pas encore en sa possession.

En tous cas, le tribunal suppléerait au silence du contrat, fixerait l'époque à laquelle l'opération devrait être réalisée, à peine de résiliation avec dommages-intérêts.

127. — Le vendeur ne peut de son côté être livré à la volonté ou au caprice de l'acheteur. Il peut avoir un égal intérêt à la consommation de la vente, et cet intérêt lui donne une action pour la contraindre.

Mais, avant de s'adresser aux tribunaux, il doit mettre l'acheteur en demeure et lui indiquer le moment et le lieu du mesurage, avec sommation de venir y procéder. Quel serait, par rapport aux risques, l'effet de cette mise en demeure?

Dans la vente pure et simple, la mise en demeure pourrait avoir placé la chose aux risques de l'acheteur. L'article 1138 du Code Napoléon autorise cette conséquence.

Il ne saurait en être ainsi dans la vente au poids ou à la mesure. Nous venons de voir que, pour ce qui concerne les risques, la vente n'est parfaite que par l'opération qui, individualisant la chose, en met les risques à la charge de l'acheteur. Or, la sommation de venir peser ou mesurer n'est encore ni le pesage ni le mesurage, en conséquence les risques restent naturellement pour le vendeur.

Mais, en refusant d'obéir à la sommation, l'acheteur a manqué à l'engagement qu'il avait contracté, et cette violation de la foi promise ne saurait rester impunie pas

plus pour lui que pour le vendeur ; légalement obligés l'un et l'autre, la peine de l'inexécution est également encourue contre l'auteur de cette violation.

Nous croyons donc qu'après comme avant la mise en demeure le vendeur ne pourrait prétendre que la chose a péri pour le compte de l'acheteur. Mais il lui dirait avec raison et succès : Si, obéissant à la sommation, vous aviez pris livraison et enlevé les marchandises, elles n'eussent point péri. Votre refus ou votre retard a donc seul déterminé le préjudice dont je suis menacé ; et comme il était illicite, vous devez en subir les conséquences et m'indemniser comme j'aurais été tenu de le faire si je m'étais permis l'un ou l'autre.

128. — M. Duranton, qui enseigne que le vendeur a dans ce cas droit à une indemnité, estime qu'il doit recevoir, à ce titre, le prix intégral de la chose périe depuis la mise en demeure. Nous croyons avec M. Troplong que cette doctrine est trop absolue ; qu'elle ne tient pas assez compte de l'indépendance souveraine et absolue des tribunaux en matière d'appréciation de la réparation du préjudice.

Sans doute les juges pourront allouer au vendeur le prix intégral de la marchandise périe. Mais dès qu'il s'agit de dommages-intérêts, on ne saurait leur interdire d'avoir égard aux circonstances, à la nature et au caractère du refus ou du retard, aux causes qui l'ont déterminé, en un mot de restreindre la réparation dans les limites que leurs lumières et leur conscience leur feront reconnaître équitables et légitimes.

129. — Une autre conséquence de la nature du droit du vendeur, est l'obligation de prouver le préjudice dont il demande la réparation, et son imputabilité à l'acheteur. Cette obligation serait remplie si, n'ayant jamais eu qu'un seul magasin qui, renfermant toutes ses marchandises, comprenait nécessairement celles que l'acheteur a refusé ou retardé d'accepter, ce magasin et tout ce qu'il renfermait avaient péri après le délai imparti par la mise en demeure.

Si le vendeur a plusieurs magasins renfermant des marchandises de l'espèce de celles que le contrat comprend, la perte ou l'incendie survenue de l'un de ces magasins ne pourrait lui donner le droit d'être indemnisé par l'acheteur sous prétexte qu'il entendait lui livrer les marchandises que ce magasin renfermait. Cette allégation ne serait dans le cas d'être accueillie que si, dans la mise en demeure, ce magasin avait été expressément indiqué comme le lieu du pesage ou mesurage, et par conséquent de la livraison.

130. — A plus forte raison devrait-on refuser toute indemnité si, malgré la mise en demeure, le vendeur ne justifiait pas avoir été en position de livrer réellement ce qu'il offrait de livrer.

L'acheteur pourrait prétendre que le contrat n'a jamais été sérieux ; que, sous l'apparence d'une vente, il cachait une opération de jeu sur la hausse et la baisse ; que la sommation n'a été qu'une manœuvre pour déguiser le caractère de la transaction, et faire croire à sa sincérité. Ces allégations, le vendeur ne pourrait les dé-

truire qu'en justifiant qu'au moment de cette sommation il avait en sa possession de quoi satisfaire aux engagements qu'il avait contractés.

131. — En résumé, la vente au compte, au poids, à la mesure est parfaite en ce sens que le concours des volontés sur la chose et sur le prix crée entre les parties un lien légal et obligatoire. L'un s'est obligé de livrer la quantité convenue, l'autre de la recevoir.

Mais la chose vendue ne sera précisée et individualisée que par le pesage, comptage ou mesurage. Jusque-là donc la propriété est restée au vendeur, qui demeure seul chargé des risques, alors même qu'il aurait légalement mis l'acheteur en demeure de recevoir, sauf l'indemnité qui pourrait lui être due.

Le lien résultant du contrat n'a pas d'autre sanction que l'obligation de répondre du préjudice que l'inexécution causerait à l'autre partie.

132. — La vente des vins, huiles et autres choses qu'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter obéit à d'autres règles, elle n'est parfaite que par la dégustation ayant fait agréer la marchandise offerte.

Il résulte de l'article 1587 du Code Napoléon que la condition de dégustation n'a pas besoin d'être stipulée, elle se déduit de la nature de la chose faisant la matière de la vente ; dès qu'elle est dans la catégorie de celles qu'on est dans l'usage de goûter, il y a certitude qu'on n'a pas dérogé à cet usage. Cette dérogation ne pourrait être

admise que si elle résultait expressément ou tacitement du contrat.

L'article 1587 ne doit pas être entendu en ce sens qu'il soit libre aux parties d'annuler le marché, celle-ci en s'abstenant d'offrir la marchandise, celle-là en refusant de la goûter. Quoique imparfait comme vente, le contrat n'en renferme pas moins une obligation réciproque et produisant tous ses effets ; le vendeur est engagé à offrir en espèce et qualité la chose promise, l'acheteur à en faire la dégustation et à l'agréer, s'il y a lieu. De là, la faculté de se contraindre respectivement à l'exécution de cet engagement.

133. — Personne n'a jamais contesté ni mis en doute l'obligation du vendeur, et la faculté pour l'acheteur de le contraindre à l'exécuter. La seule difficulté dont on se soit préoccupé est celle qui pouvait surgir de cette exécution. Si la chose offerte n'a pas été agréée, l'acheteur pourrait-il exiger qu'on lui en fournisse une autre de nature à être agréée?

La Cour de Metz s'est prononcée pour la négative, en jugeant, le 20 août 1827, que la vente, n'étant pas parfaite pour l'acheteur, ne pouvait lier le vendeur ; que le premier, déclarant ne pas agréer la chose offerte, avait épuisé son droit ; qu'il ne pouvait dès-lors en demander un autre.

134. — Cette doctrine à notre avis n'est juridique que si la vente était d'un corps certain et déterminé. Il est clair que si je vous ai vendu les 20 pièces vins ou

les 10 bariques d'huiles renfermés dans tel magasin, et qu'après dégustation vous déclariez les refuser, tout est terminé entre nous, et vous ne pourriez exiger que je vous en offrisse d'autres. Mon intention était de vendre, la vôtre d'acheter les vins ou les huiles renfermés dans le magasin désigné et pas autre chose, votre exigence ne pourrait donc trouver un fondement quelconque dans le contrat.

Mais si la vente porte *in genere* sur 20 pièces vins ou 10 barriques huiles, votre obligation est de m'offrir une marchandise acceptable, et mon droit de l'exiger. S'il en était autrement, le sort de la vente serait livré au caprice et à la volonté du vendeur. Supposez, en effet, que la hausse survenue lui crée un intérêt à l'annulation du marché, il ne manquera pas de s'en assurer le bénéfice, en offrant une marchandise non acceptable. Or, nous ne saurions admettre que l'article 1587 ait entendu favoriser et consacrer une pareille fraude.

Mais, dit la Cour de Metz, la vente n'étant pas parfaite pour l'acheteur, ne saurait lier le vendeur. L'égalité qu'on réclame entre l'un et l'autre n'est pas admissible, et de ce que l'opération n'est pas encore une vente parfaite, il ne s'en suit pas qu'elle n'a pu créer un lien obligatoire pour le vendeur.

« Alors même, dit M. Troplong, que c'est l'acheteur qui doit faire seul la dégustation (cas dans lequel notre article déclare qu'il n'y a pas vente tant que l'acheteur n'a pas fait connaître son agrément), il ne faut pas en conclure et croire que la vente soit tellement imparfaite, que le vendeur puisse s'en dédire tant qu'il n'y a pas eu

dégustation et agrément de l'acquéreur. Ce n'est qu'à l'égard de ce dernier que la vente n'engendre pas encore un lien de droit véritable. Mais le vendeur s'est obligé à livrer la chose au cas qu'elle serait agréée ; il doit donc tenir sa promesse. Il y a engagement à son égard, il peut être contraint à le remplir.[1] »

Cette opinion est la condamnation de la doctrine de l'arrêt et la consécration de celle que nous avons cru devoir adopter. Si le vendeur est réellement et véritablement obligé, il doit sérieusement remplir son obligation ; s'il peut y être contraint, il ne saurait refuser d'offrir une chose acceptable. C'est à quoi il s'est formellement engagé.

135. — M. Duvergier l'enseigne formellement, en discutant à son tour l'arrêt de la Cour de Metz. Cet arrêt, dit-il, est fondé sur ce que l'acheteur n'étant pas lié, le vendeur ne pouvait l'être. Il me semble que cette décision présente des erreurs accumulées. D'abord l'acheteur est véritablement obligé, seulement il est obligé sous une condition suspensive ; en second lieu, l'obligation du vendeur n'est pas subordonnée à celle de l'acheteur ; en troisième lieu, l'arrêt lui-même reconnaît l'existence du lien de droit, puisqu'il suppose, implicitement du moins, que le vendeur était tenu de faire la première livraison. Enfin, lorsque l'obligation porte sur une chose qui n'est désignée que par son espèce, le débiteur est tenu de donner une chose de qualité moyenne ; le créancier peut le contraindre à exécuter son engagement, ce

[1] N° 102.

qui emporte non-seulement le droit de refuser une chose de mauvaise qualité, mais encore le droit de se faire délivrer une chose de qualité bonne et convenable.[1]

L'arrêt de la Cour de Metz s'écarte donc des principes. Il était d'autant plus mal obvenu dans l'espèce, que, des échantillons ayant été transmis, l'acheteur réclamait une marchandise conforme, en refusant celle qui ne l'était pas. Or, comme nous le dirons bientôt, il était incontestablement obligé, puisqu'il n'aurait été ni recevable, ni fondé à refuser, si la marchandise était celle de l'échantillon.

Par contre, la vente portant sur une chose parfaitement déterminée, l'obligation du vendeur de livrer au type convenu était incontestable, et le droit de l'acheteur, non-seulement de refuser tout ce qui s'en écartait, mais encore de se faire livrer une chose conforme, ne pouvait être méconnu.

136. — Le vendeur qui peut être contraint à livrer, peut-il contraindre l'acheteur à procéder à la dégustation et à recevoir la marchandise offerte?

L'affirmative paraît incontestable. Mais une distinction est à faire relativement à l'exercice de ce droit.

L'article 1587 exigeant cumulativement la dégustation et l'agrément, laisse le vendeur sans intérêt à poursuivre la première, lorsque l'acheteur est personnellement et exclusivement chargé d'agréer ou de refuser. Sa résistance fait assez prévoir ce qu'il ferait après dégustation.

[1] *Contin. de Toullier*, t. 16, n° 109.

Comme son refus serait souverain et qu'il n'a pas même à en déduire les motifs, l'action du vendeur ne pourrait aboutir à un résultat quelconque en sa faveur, la prudence lui ferait donc un devoir de s'en abstenir, malgré son droit à l'intenter.

Mais rien ne s'opposerait à ce qu'il le fît valoir, si la dégustation avait été déférée à un tiers. La déclaration de l'expert amiablement convenu, ou désigné par la justice, que la marchandise est acceptable et doit être acceptée, rendrait la vente parfaite et définitive, et imposerait à l'acheteur le devoir de s'en livrer.

137. — La question de savoir si la dégustation a été réservée à l'acheteur ou remise à un tiers est donc, pour le vendeur surtout, du plus grave, du plus haut intérêt. Aucune difficulté ne saurait naître si les parties s'étant entendues à ce sujet, la convention est explicite et formelle.

A défaut de stipulation, et en présence d'allégations contraires, c'est au juge qu'il appartient d'interpréter le contrat et de déterminer quelle a été l'intention des parties. On comprend que, dans son exercice, ce pouvoir ne puisse être astreint à des règles positives et uniformes. Il ne comporte, en effet, d'autre élément essentiel que les inspirations de la conscience du magistrat.

138. — Cependant la nature et le caractère de la vente sont dans le cas de peser d'un grand poids dans la balance de la justice.

Qu'une personne achète pour son usage particulier,

pour sa consommation et celle de son ménage une certaine quantité de vin ou d'huile, on admettra facilement qu'elle a entendu procéder elle-même à la dégustation ; la marchandise, quelque loyale et marchande, quelque bonne qu'elle soit d'ailleurs, peut ne pas lui convenir ; et comme elle ne l'achète que pour son usage, il est naturel d'admettre qu'elle s'en est référée à son propre goût, on ne pourrait donc la contraindre à s'en remettre au goût d'autrui.

139. — Dans les achats de cette nature, la règle générale est donc que la dégustation appartient exclusivement à l'acheteur. La vente resterait donc sans effets par son refus d'agréer la chose offerte.

Mais cette règle comporte exception ; et cette exception n'a pas besoin d'être expresse, elle peut résulter des circonstances, de la nature du marché.

L'acheteur qui, même pour sa consommation, traite sur échantillon, répudie le droit de déguster exclusivement la marchandise, et de la refuser arbitrairement. Ce droit d'ailleurs a été exercé sur l'échantillon qui a dû nécessairement être goûté et agréé.

Cette acceptation réduit l'obligation du vendeur à livrer une marchandise conforme à l'échantillon. Tout se résume dès-lors dans la question de conformité.

Or, il est évident que sa solution ne peut être livrée à la volonté et au caprice de l'acheteur. Entre lui et le vendeur il ne s'agit plus que d'un fait matériel, que l'un affirme et l'autre nie. La raison et la justice exigent dès-lors l'intervention d'un tiers impartial dont les connaissances

spéciales sont dans le cas de trancher le différend d'une manière équitable.

L'exception résulte implicitement de la convention, lorsque la marchandise a été désignée non-seulement par son espèce, mais encore par sa qualité. Voici l'exemple qu'en donne M. Troplong.

Le commis voyageur d'une maison de Bordeaux vient me proposer des vins de Médoc, et je le charge de m'en expédier 300 bouteilles première qualité. On doit encore décider que mon goût individuel n'est pas la règle du marché, car si le vin qui m'a été expédié est de première qualité, il n'est pas en mon pouvoir de ne pas le trouver bon, et si je nie qu'il soit de la première qualité, les experts seuls en décideront. Dès le moment que nous avons déterminé la qualité que devait avoir le vin, je me suis enlevé tout recours à mon goût individuel, car cette qualité a quelque chose de positif ; elle ne dépend pas du caprice arbitraire du sens de l'acheteur.[1]

M. Troplong enseigne qu'il doit en être de même dans l'hypothèse d'un achat directement commis par l'acheteur avec indication de la nature de la marchandise et du prix qu'il entend en donner. J'écris à une maison de Bordeaux de m'expédier 200 bouteilles de Saint-Emilion à 2 fr. la bouteille. Dès l'instant que j'ai demandé moi-même l'expédition du vin, j'ai renoncé à soumettre l'expéditeur aux décisions arbitraires de ma volonté ; j'ai entendu me lier envers lui ; il a été tacitement convenu que je prendrai la marchandise si la qualité était marchande.

N° 106.

En conséquence, si les dégustateurs la déclarent telle, s'ils l'estiment valoir le prix convenu, je né pourrai la refuser sous prétexte que je ne la trouve pas bonne.[1]

140. — Quelque nombreuses que puissent être les exceptions, leur existence ne saurait affaiblir la règle. Or, dans l'achat pour la consommation, la règle générale est que la dégustation et l'agrément de la marchandise appartiennent personnellement et exclusivement à l'acheteur. Le recours à des tiers n'est possible et admissible que lorsqu'on peut en induire la nécessité soit de l'intention des parties, soit du caractère et de la nature du marché.

En est-il de même dans l'achat commercial? L'affirmative, à notre avis, ne pourrait invoquer aucun des motifs qui la justifient dans la précédente hypothèse.

Le commerçant, achetant pour revendre, ne cherche pas à satisfaire son goût personnel. La seule chose qu'il se propose est une marchandise loyale et marchande, dont l'écoulement réalisera le bénéfice qu'il se promet de son opération.

S'en remettre exclusivement à lui quant à l'appréciation de la marchandise ce serait le rendre l'arbitre suprême du sort de la vente, et lui permettre de s'en dégager, si une baisse survenue dans l'intervalle venait à lui en faire un intérêt.

Les exigences du commerce, la loyauté de ses opérations, les entraves que leur susciterait un pareil état de

[1] *Ibid.*

choses en rendaient le rejet d'ordre public en quelque sorte. C'est ce qu'avait compris notre judicieux Pothier.

141. — Il faut distinguer, enseignait-il, si l'acheteur a stipulé qu'il goûterait la marchandise pour savoir si elle est à son gré, ou seulement pour connaître si elle est bonne, loyale, marchande et non gâtée. Ce n'est que dans le premier cas qu'il peut ne pas tenir le marché en déclarant, après l'avoir goûtée, qu'il ne la trouve pas à son gré. Dans l'autre cas, il ne peut refuser la marchandise si elle se trouve bonne.[1]

Or, en commerce, la faculté de déguster ne s'entend, ne peut s'entendre que dans le sens de la seconde hypothèse, dès-lors la difficulté qui s'élèverait sur la qualité et l'état de la marchandise ne serait rationnellement et légalement tranchée que par une expertise.

Il est vrai que l'article 1587 ne distingue pas; qu'il remet la dégustation et l'agrément à la personne de l'acheteur d'une manière générale et absolue, mais on ne saurait perdre de vue le caractère spécial de la législation civile. Se référant aux actes de la vie ordinaire, elle ne dispose évidemment, dans l'article 1587, que pour l'achat de consommation et laisse par conséquent celui de spéculation en dehors de la règle.

Nous n'ignorons pas que Merlin est d'un avis contraire; qu'il pense que l'article 1587 reçoit application même en matière commerciale. Mais cette opinion est repoussée par la déclaration cent fois répétée dans la

[1] N° 311.

discussion législative, que le Code civil n'entendait et ne devait jamais servir de règle aux transactions et aux opérations commerciales.

L'avis de Merlin méconnaît donc la spécialité de l'article 1587 et l'intention formelle du législateur. L'accueillir serait jeter la plus grande perturbation dans le commerce, et cela sans motifs plausibles, sans nécessité réelle.

Qu'on nous permette de le répéter, la présomption que celui qui achète pour son utilité ou son usage personnel, a entendu non s'en rapporter à autrui mais ne consulter que son goût propre et personnel, est naturelle et légitime. Mais le commerçant achetant pour revendre s'est d'autant moins préoccupé de son goût personnel, qu'il pourrait peut-être ne pas être celui des acheteurs auxquels il transmettra la marchandise. Ce qu'il recherche, ce qu'il lui faut avant tout, c'est une marchandise qui puisse convenir à tout le monde, c'est-à-dire qui soit bonne, loyale et marchande. L'existence de ce caractère satisfait à tous les engagements du vendeur, le contrat a été fidèlement exécuté. Dès-lors en subordonner le sort au caprice, à l'intérêt de l'acheteur, ne serait ni juste, ni possible. On devrait donc sanctionner la décision que Pothier assignait à cette hypothèse.

142. — M. Pardessus paraît l'admettre ainsi. On ne peut, dit-il, dans un achat de marchandises destinées à être revendues, suivre le principe de l'article 1587 dans toute sa rigueur. La condition de dégustation, convenue ou établie par l'usage, n'empêche pas qu'il existe

un lien de droit entre les parties. Ainsi le vendeur peut forcer l'acheteur à venir, soit immédiatement, s'il n'y a pas de terme fixé, soit à l'époque convenue, faire la dégustation est prendre livraison, ou déduire les motifs de son refus, motifs que les tribunaux apprécieraient, parce qu'il ne doit pas y avoir, dans le commerce surtout, de condition qui laisse à la discrétion de l'un ou de l'autre des contractants l'exécution de la convention.[1]

On pourrait objecter que M. Pardessus ne parle du recours aux tribunaux qu'à l'effet de contraindre la dégustation. Mais où serait l'utilité de ce recours si, la dégustation faite, l'acheteur pouvait à son gré, et sans contrôle possible, refuser d'agréer la marchandise. Donc, admettre ce recours, c'est reconnaître que la difficulté qui pourrait surgir sur la qualité ou l'état de la marchandise donnera nécessairement lieu à une expertise.

143. — M. Troplong n'a pas hésité à adopter cette conséquence. Dans les ventes commerciales, enseigne-t-il, il est clair que ce n'est pas le goût personnel et individuel de l'acheteur qu'il s'agit de satisfaire, mais le goût commun, et que l'avis des experts doit intervenir. Quelle en est la raison? C'est qu'il ne s'agit pas ici d'une affaire de goût entre le vendeur et l'acheteur; c'est que ce dernier ne saurait trouver les choses bonnes ou mauvaises, selon son caprice; c'est que leur qualité marchande est un fait indépendant de tout ce qu'il pourrait en dire, suivant son plus ou moins d'expérience dans l'apprécia-

[1] N° 293.

tion de la chose; c'est qu'il a été évidemment convenu ou sous-entendu entre les parties que des experts seuls pourraient fixer en dernier ressort la qualité.[1]

144.—Ce qui atteste la rationnalité de cette doctrine, c'est que la pratique commerciale l'a adoptée et consacrée; qu'elle en a fait la règle de ses opérations. L'usage, en effet, le plus universellement suivi est de vérifier la qualité de la marchandise au lieu où elle se trouve et avant son expédition, pour que le vendeur ne soit pas exposé, en cas de refus à son arrivée, à supporter les frais de voyage d'aller et ceux de retour. Or, cette vérification est nécessairement commise à des tiers, car le négociant de Paris, Lyon ou Bordeaux qui achète des vins ou de l'huile à Marseille ne viendra pas en personne procéder à la dégustation.

On connaît l'importance du commerce du Languedoc en vins, eaux-de-vie et esprits. Or, voici l'usage qui préside à ces transactions, tel qu'il est attesté par la Cour de Montpellier, dans un arrêt du 10 juillet 1829 :

« Attendu que les sieurs Gayrat ont procédé suivant les usages généralement suivis par le commerce de Cette, par la voie intermédiaire des commissaires de campagne qui donnent les limites qui sont tracées par les commissaires-négociants, traitent avec les fabricants et les amènent, avec les pièces esprit dont on traite, devant le magasin des négociants chargés de la commission, pour être soumises à la vérification de la qualité desdits es-

[1] N° 99. Conf. Duvergier, n° 101.

prits, faite par un inspecteur et un jaugeur juré, qui les déclarent, s'il y a lieu, bonnes marchandises, ou en signalent les vices; et une fois les pièces reconnues bonnes, le marché est définitivement conclu, et l'acheteur ne peut se refuser à les recevoir.[1] »

145. — Cette pratique et ces usages expliquent le peu de litiges sur la question de savoir à qui, de l'acheteur ou des experts, appartient la dégustation dans les ventes commerciales. Nos recherches dans nos recueils de jurisprudence ne nous en ont offert que deux exemples qui se font remarquer par la contrariété dans leur solution.

Le 21 janvier 1835, la Cour d'Angers déclare l'article 1587 inapplicable entre commerçants. Elle décide que la vente qui a pour objet, non la consommation personnelle de l'acheteur, mais pour revendre au goût des consommateurs, est parfaite du jour du traité; qu'il y a lieu seulement à nommer des experts pour constater l'état et la qualité des marchandises, et déterminer leur classement d'après le prix convenu. Le pourvoi dont cet arrêt avait été frappé était rejeté par la Cour de cassation, le 29 mars 1836.

La question ayant été soumise au tribunal de commerce de Péronne, un jugement du 9 novembre 1838 se prononce pour la nullité de la vente : Attendu que l'article 1587 dispose formellement qu'à l'égard des vins, il n'y a pas de vente, tant que l'acheteur ne les a pas

[1] Sous cass., 6 avril 1831. *D. P.*, 31, 1, 117.

goûtés et agréés ; que le mot *agréé* signifie clairement que l'acheteur des vins peut les refuser sans même déduire les motifs de son refus, parce que alors il n'y a pas réellement vente.

Ce jugement fut dénoncé à la Cour de cassation comme appliquant faussement l'article 1587. Mais, par arrêt du 5 décembre 1842, le pourvoi était rejeté, attendu que le jugement attaqué ne constate aucune convention, aucun usage qui ait dérogé au texte littéral et formel de l'article 1587.[1]

Mais, dans son arrêt du 29 mars 1836, la Cour régulatrice fait résulter cette dérogation de la nature commerciale de la vente, car c'est sur ce motif que la Cour d'Angers consacrait l'inapplicabilité de l'article 1587. Or, dans l'espèce du dernier, il s'agissait également d'une vente de commerçant à commerçant.

Il y a donc contradiction flagrante sur le principe. Seulement l'arrêt de 1842 fait de son application une question d'appréciation livrée à l'arbitrage souverain des tribunaux. Il résulte, en effet, de ses termes, qu'elle pourra être refusée, s'il est exprimé que les parties y ont dérogé, ou si cette dérogation résulte de l'usage.

146. — Pour nous, cet usage ne saurait être douteux ni contesté. Il est la conséquence impérieuse des exigences commerciales qui protestent contre l'application de l'article 1587, qui jetterait la plus grande perturbation dans les opérations, nous ne saurions donc hésiter.

[1] *J. D. P.*, 1, 1843, 133 et 134.

Avec MM. Pardessus, Troplong et Duvergier, nous croyons que l'article 1587 n'a pas entendu régir la matière commerciale ; que la vente de négociant à négociant a pour condition unique la qualité loyale et marchande de la chose vendue ; que les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet ne peuvent être remises à la volonté seule de l'acheteur ; qu'elles appellent nécessairement une expertise dont les résultats décident du sort de la vente.

Mais ce principe n'a rien d'absolu. Il peut y être dérogé, et la clause par laquelle l'acheteur stipulerait le droit de déguster personnellement et exclusivement la marchandise recevrait sa pleine et entière exécution.

En d'autres termes, la dégustation personnelle, qui est la règle générale dans la vente de consommation, est l'exception dans l'achat commercial ; l'expertise, qui n'est qu'une exception dans l'une, constitue la règle pour l'autre.

147. — Le caractère de la vente sous dégustation tranche toutes les difficultés à l'égard des risques dans le temps intermédiaire. Puisque ce n'est qu'après cette opération que la vente acquerra son effet, il est évident que jusque-là le vendeur a conservé la propriété de la chose, et que la perte en serait à sa charge.

Cette responsabilité indique la gravité de l'intérêt du vendeur à ce que la dégustation ait lieu le plus tôt possible. On ne saurait donc lui dénier le droit de la provoquer et de la contraindre, soit à l'échéance du terme

convenu, soit, s'il n'en a été déterminé aucun, dès qu'il est en mesure de livrer.

148. — L'effet de la mise en demeure restée sans résultats, si la chose est restée intacte, ne serait pas douteux. Aux termes de l'article 1657, la vente serait résiliée au profit du vendeur qui rentrerait dans la libre disposition de la chose, et par conséquent dans la faculté de vendre à tout autre.

On ne saurait non plus lui contester le droit d'en poursuivre l'exécution, et de solliciter une expertise judiciaire, s'il y avait lieu.

149. — Mais si après la mise en demeure la chose a péri, à qui incombera la charge de la perte ? La sommation a-t-elle fait passer les risques sur la tête de l'acheteur.

L'affirmative a trouvé des défenseurs, mais elle ne saurait être consacrée. La mise en demeure n'a pu avoir pour effet de transférer une propriété qui ne l'aurait même pas été par la dégustation, si le résultat en avait été négatif. Ce qui distingue la vente sous dégustation de celle au nombre, au poids ou à la mesure, c'est que le comptage, pesage ou mesurage rendrait la vente définitive, tandis qu'après la dégustation, il faut encore que la marchandise soit agréée. Or, la mise en demeure a-t-elle pu trancher la question de convenance ?

L'impossibilité de se prononcer en ce sens est surtout évidente lorsque la dégustation est laissée au goût personnel de l'acheteur. Comprendrait-on que la mise en de-

meure lui eût conféré la propriété, et placé la chose à ses risques, alors que, même après dégustation, il est l'arbitre unique et souverain du sort de la vente ; qu'il lui suffira de refuser son agrément, sans même qu'on puisse lui demander compte de ses motifs pour que la convention n'ait jamais eu une existence légale et obligatoire?

Il n'y a donc pas à hésiter dans cette hypothèse. La mise en demeure ne saurait suppléer l'agrément. L'acheteur, libre de le refuser après dégustation, aurait le même droit après la mise en demeure. Sa déclaration qu'il entend en user et qu'il en use effectivement laisserait le vendeur sans action aucune contre lui relativement à la perte postérieurement survenue.

Dans l'hypothèse où la dégustation doit faire l'objet d'une expertise, la mise en demeure aurait pour effet d'autoriser le vendeur à poursuivre et à obtenir la nomination d'experts.

Si avant la perte les experts désignés ont procédé à la vérification de la marchandise, en ont reconnu la qualité loyale et marchande, et l'ont déclarée acceptable, la perte survenue depuis serait à la charge de l'acheteur.

Si la chose a péri avant que les experts aient procédé, il faut distinguer :

Si la perte est totale, la condition dont l'effet de la vente dépendait ne pouvant se réaliser, le contrat n'a jamais légalement existé. La perte est donc au compte du vendeur qui n'a pas cessé d'être propriétaire de ce qui en faisait l'objet.

Si la perte n'est que partielle, la vérification de ce qui reste pourrait établir la qualité de ce qui a été perdu.

Exemple, je vous ai vendu 20 pièces de vin livrables à quai, à leur arrivée. Après leur débarquement, je vous annonce que les 20 pièces sont à votre disposition et vous invite à venir vous en livrer soit amiablement soit extrajudiciairement ; votre refus m'oblige à m'adresser à la justice. Mais dans l'intervalle un événement fortuit détermine un coulage extraordinaire soit aux 20 pièces, soit à quelques-unes d'elles.

Pourrez-vous vous opposer à ce que les experts désignés sur ma demande procèdent à la vérification et à la dégustation de ce qui reste? On ne saurait l'admettre; vous êtes en faute puisque vous avez manqué à l'engagement formel que vous aviez contracté, et dont une loyale et fidèle exécution aurait prévenu et empêché le sinistre. Il est donc juste et équitable que la responsabilité en pèse exclusivement sur vous, si d'ailleurs j'établis que de mon côté j'avais rempli les conditions que le contrat m'imposait.

Or, cette preuve résultera de la vérification de ce qui a survécu à la perte. Il est évident que si ce qui reste dans les barriques est de qualité bonne et marchande, ce qui a coulé l'était également, et la vente doit être maintenue pour le tout. Il est juste que la perte soit supportée, non par celui qui n'a rien à se reprocher, mais par celui qui a illégalement tenté de se soustraire à ses engagements.

On comprend au reste qu'il ne saurait en être ainsi que si aucun doute ne peut exister sur l'identité de la chose vendue avec celle qui a péri en partie. Supposez, en effet, qu'au lieu d'avoir à quai les 20 pièces de vin seulement, j'en eusse 40, je ne pourrais prétendre que

celles qui ont coulé étaient précisément celles que je comptais vous livrer, et que par conséquent la perte doit rester pour votre compte. Une pareille prétention ne serait ni recevable ni admissible, à moins que la mise en demeure n'eût spécialisé et individualisé les 20 pièces offertes de manière à prévenir toute incertitude, par exemple, par l'indication des numéros et de la marque.

150. — Du principe que la dégustation est dans l'intérêt exclusif de l'acheteur, nous avons induit la conséquence qu'il est libre d'y renoncer. Cette renonciation acquise, la vente est parfaite et définitive, et la propriété transférée sur la tête de l'acheteur. Dès-lors aussi les risques sont pour son compte, et la perte, plus tard survenue, à sa charge.

La question de savoir s'il y a eu ou non renonciation peut donc offrir un grave intérêt. Quels sont les éléments qui doivent en amener la solution ?

La renonciation peut être expresse et résulter de la convention, par exemple, l'achat en bloc d'une marchandise déterminée, de la qualité qu'elle se trouvera, à forfait et sans garantie de la part du vendeur. Il est évident que dans ce cas l'acheteur ne serait ni recevable ni fondé à prétendre que le sort de la vente était subordonné à la dégustation et à son agrément.

A défaut de stipulation, la renonciation peut s'induire de l'intention des parties, des circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le contrat.

151. — La plus énergique, la plus péremptoire de ces

circonstances serait sans contredit la prise de livraison. Celle-ci n'est en effet que l'agrément de la chose offerte, ce qui suppose ou que la dégustation a eu lieu, ou que l'acheteur y a renoncé.[1]

Ainsi, me trouvant en Provence j'achète cinquante barils huiles d'Aix qui me sont offerts, et je me les faits expédier à mon domicile à Lyon. La sortie des magasins du vendeur a consommé la vente, et l'a rendue parfaite et définitive. J'ai pu et dû m'assurer de la qualité avant de donner l'ordre d'expédier, et je suis présumé l'avoir fait, dans tous les cas j'ai accepté la chose telle quelle, puisque j'ai consenti à ce qu'elle voyageât pour mon compte et à mes risques. Je ne pourrai donc plus réclamer une dégustation à laquelle j'ai tacitement renoncé, ni lui subordonner l'effet de la vente.

M. Troplong applique cette règle même à la vente sous dégustation au goût personnel de l'acheteur. Je vais chez un marchand de vins, dit-il, et je lui achète 50 bouteilles de vin de Bar, cachetées; je les envoie prendre dans la journée; mais en ayant goûté plusieurs, je les trouve de mauvaise qualité et je veux que mon marchand les reprenne. Je ne serais pas fondé dans ma prétention; je dois m'imputer d'avoir conclu le marché sans dégustation préalable, et de l'avoir consommé et exécuté sans prendre ces précautions. En acceptant livraison, j'ai suffisamment déclaré que j'ai agréé la marchandise telle qu'elle m'avait été présentée; que j'ai voulu acheter *per aversionem*.[2]

[1] Troplong, n° 103, Cass., 7 juin 1830.
[2] *Ibid.*

152. — Dans ces diverses hypothèse, la vente étant traitée directement par l'acheteur, la présomption qu'on lui oppose est naturelle et légitime. Qu'en serait-il si le contrat avait été convenu par correspondance.

La marchandise remise au commissionnaire chargé de la faire parvenir et voyageant aux frais de l'acheteur est en réalité livrée, mais celui-ci n'a pu ni la vérifier ni la goûter, on ne saurait donc le considérer ici comme l'ayant fait, il devrait dès-lors être autorisé à y procéder à l'arrivée dans ses magasins.

Mais le voyage de la marchandise modifie singulièrement la position des parties. Lorsque ce voyage étant aux frais de l'acheteur est à ses risques, l'altération que la marchandise aurait subie resterait pour son compte, il ne pourrait donc la refuser qu'en prouvant que le vice dont il se plaint existait au moment de l'expédition.

L'acheteur pourrait en outre refuser la marchandise qu'il soutiendrait n'être pas conforme à celle qu'il avait demandée. Mais dans ce cas, comme dans celui de refus pour défectuosité, on ne saurait lui reconnaître le droit de trancher la question suivant sa volonté ou son caprice. Une expertise serait donc inévitablement ordonnée.

C'est aussi ce qu'on déciderait dans la vente pour la consommation elle-même ; l'ordre d'expédier donné par l'acheteur, exécuté par le vendeur, modifie le droit que l'article 1587 confère au premier. Il est impossible d'admettre que le second ait consenti à s'en remettre exclusivement à la décision de l'acheteur et à s'exposer ainsi à

la perte et aux frais qui résulteraient pour lui d'un laissé pour compte.

L'unique condition sous-entendue dans ce cas est celle de la conformité de la marchandise envoyée avec celle qui a été commise, et comme dans l'hypothèse d'une vente entre commerçants, cette question ne peut être résolue que par une expertise.

153. — L'effet de la prise de livraison, à l'égard de la dégustation, est acquis dans l'hypothèse d'une livraison virtuelle comme dans celle d'une délivrance réelle et effective. L'article 1606 du Code Napoléon les assimile l'une à l'autre, et leur attribue les mêmes effets.

Il faut reconnaître que c'est avec juste raison. Ce qu'il faut considérer de la part de l'acheteur, c'est la prise de possession de ce qui a fait la matière de la vente, et cette prise de possession s'opère aussi énergiquement par la tradition feinte que par la tradition réelle. Qu'importe en effet que la marchandise soit entrée dans les magasins de l'acheteur, ou qu'elle soit pour son compte dans tel autre magasin dont on lui a remis les clefs? Elle n'en est pas moins à son entière et libre disposition. L'acceptation de ces clefs est donc l'acceptation de la chose elle-même, elle fait présumer ou que la dégustation a eu lieu, ou qu'on a renoncé au droit d'y procéder.

154. — La prise de possession résulte-t-elle de l'apposition de la marque de l'acheteur sur les effets vendus? Aucun doute ne saurait s'élever si ces effets ne sont pas dans la catégorie des choses sujettes à dégustation. Ainsi

le jurisconsulte Paul indiquait comme réellement livrées *trabes quas emptor signasset.*[1]

Mais à l'égard des choses qu'on est dans l'usage de goûter, le contraire était admis par Ulpien. *Si dolium signatum sit ab emptore, Tributius ait traditum id videri, Labeo contra quod et verum est. Magis enim ne summutatur signari solere quam ut tradere tum videatur.*[2] Ainsi, disait Cujas, la marque apposée sur des vases vinaires ne fait pas supposer la dégustation.

Le parlement de Paris jugeait formellement le contraire le 15 mai 1548, et sa doctrine a recueilli l'assentiment de M. Troplong. Il est difficile de supposer, dit l'éminent magistrat, que l'acheteur eût marqué les tonneaux, objets du marché, s'il ne se fût pas considéré comme propriétaire, et si par conséquent il n'eût goûté le vin qu'ils contiennent.

M. Troplong étaye cette opinion sur le motif donné par Ulpien comme devant la repousser. N'est-ce pas en effet, ajoute-t-il, que l'intérêt de l'acheteur à prévenir un échange clandestin de la chose vient précisément de ce qu'il a goûté le liquide, qu'il l'a trouvé tel qu'il le désirait, qu'il le considère comme à lui? Aurait-il pris pareille précaution pour des tonneaux dont il n'aurait pas vérifié le contenu par une dégustation préalable?[3]

Il est impossible de méconnaître la justesse et l'autorité de ce raisonnement. L'intérêt de l'acheteur à préve-

[1] L. 14, § 1, Dig. *De peric. et com. rei venditæ.*
[2] L. 1, § 2, *ejusd. tit.*
[3] N° 103.

nir toute substitution ne se comprend que lorsque, ayant traité d'une chose certaine et déterminée, il tient à recevoir celle-là et non une autre qui serait de qualité inférieure et qu'on serait tenté d'offrir en échange. Mais tant que la dégustation n'est pas faite, la crainte d'une pareille substitution serait évidemment chimérique. D'un côté, en effet, rien n'est encore déterminé quant à la chose à livrer; de l'autre l'acheteur, ne sera tenu d'accepter qu'une marchandise bonne, loyale et marchande; et si celle offerte réunit en fait ces caractères, qu'importe à l'acheteur de recevoir celle-ci au lieu de celle-là, qui ne pourrait valoir mieux?

Pourquoi d'ailleurs apposer sa marque sur une marchandise tant que son agrément est encore incertain? C'est pour qu'on ne puisse vous livrer une autre que celle-là! et vous refuserez peut-être de la recevoir, et dans ce cas à quoi bon la précaution? On n'appose pas sa marque pour l'effacer ensuite; et si on a cru utile et nécessaire de le faire, ce ne peut être, comme l'enseigne M. Troplong, que parce que la marchandise a été goûtée, vérifiée et agréée. Toute prétention à la goûter ou à la faire goûter plus tard devrait dès-lors être repoussée.

Une autre conséquence du caractère de l'apposition de la marque de l'acheteur, est de placer la chose à ses périls et risques. Dès que celle-ci est considérée comme agréée, la vente est définitive et parfaite, et l'objet de la vente étant ainsi déterminé et individualisé, la propriété en a été irrévocablement transférée.

Cette règle et ses conséquences ne le céderaient que si, tout en apposant la marque, il avait été convenu qu'il

serait ultérieurement procédé à la dégustation. A défaut d'accords de ce genre, l'apposition de la marque est la prise de livraison, et en produit tous les effets.

155. — La vente à l'essai, qui offre avec celle sous dégustation de grandes affinités, en diffère essentiellement au point de vue de la fin de non-recevoir fondée sur la renonciation de la part de l'acheteur au droit résultant du caractère de la vente.

La délivrance aux mains de l'acheteur de la chose à essayer est une conséquence naturelle du contrat, on ne saurait donc induire de la prise de livraison, ni que l'essai a eu lieu, ni qu'on a renoncé à le faire.

Autre différence. La dégustation, nous venons de le voir, peut être déférée à un tiers et faire l'objet d'une expertise, la vente à l'essai ne comporte ni l'un ni l'autre; ce qui dans celle-ci détermine l'acheteur, c'est moins la qualite de la chose que son appropriation au but auquel il la destine, et dont il est le seul juge. Vainement donc prétendrait-on et prouverait-on que la chose est bonne, loyale et marchande, la vente n'en serait pas moins nulle dès que l'acheteur déclarerait ne point la trouver à sa convenance.

156. — C'est ce qui explique la disposition de l'article 1588. La vente à l'essai est plutôt un projet de vente qu'une vente. Le consentement de l'acheteur, subordonné aux résultats de l'essai, n'est donc que promis tant que celui-ci ne s'est pas réalisé, il n'aura jamais existé si le défaut de réussite de l'essai en détermine le refus.

La vente est donc réellement conditionnelle, et ce caractère lui était reconnu par le droit romain. Ainsi Justinien, voulant offrir un exemple de la vente conditionnelle, indique celui-ci : *Veluti si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.*[1]

Mais le droit romain ne faisait pas de l'essai une condition suspensive, *Si ita distracta sit*, disait Ulpien, *ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub conditione distractum, sed resolvi emptionem sub conditione.*[2]

La condition était donc résolutoire, et de là cette conséquence que jusqu'à l'événement qui devait la résoudre la vente subsistait avec tous ses effets, qu'elle avait notamment transmis la propriété à l'acheteur qui supportait seul les risques et la perte, si elle se réalisait avant l'essai.

En effet disait Pothier, l'obligation qui résulte de la clause d'essai s'éteint lorsque la chose vient à périr ; car l'acheteur ne peut plus dire que cette chose ne lui convient pas lorsqu'elle n'est plus, ni obliger le vendeur à la reprendre. Cette clause, comme nous l'avons observé, n'étant que résolutoire, la vente faite sous cette clause est parfaite, et la chose est par conséquent devenue aux risques de l'acheteur.[3]

Un pareil effet était-il bien dans la nature des choses? Pouvait-on rationnellement considérer comme propriétaire celui qui ne consent à le devenir que si la chose qu'il

[1] *Inst., De empt. vend.*, § 4.
[2] L. 3, Dig. *De cont. empt.*
[3] N° 267.

traite est à sa convenance et remplit la destination qu'il lui a affectée ? Notre législateur crut impossible de l'admettre malgré l'autorité de la loi romaine et celle non moins grave de Pothier.

On conserva donc à la vente son caractère conditionnel, mais, par une appréciation plus exacte de sa nature, on déclara la condition suspensive et non résolutoire. Dès-lors il n'y aura en réalité vente qu'aprés essai et sa réussite, jusque-là il n'y a pas en réalite consentement de la part de l'acheteur qui en a subordonné l'expression au résultat de l'essai.

Dés-lors aussi il n'y a qu'une proposition de vendre, et, comme l'enseignait Pothier lui-même, dans ce cas la propriété de la chose donnée à l'essai n'a pas cessé de résider sur la tête du vendeur, et si elle périt avant, la perte est pour son compte.

157. — Une autre conséquence du caractère du contrat, est son inefficacité si, l'essai ayant eu lieu, l'acheteur déclare ne pouvoir accepter la chose. Cette conséquence est aux yeux de M. Troplong un motif de critique contre le principe consacré par l'article 1588. Non, dit-il, il n'y a pas vente conditionnelle, car, dans un contrat avec condition suspensive, les deux parties ne peuvent se dégager, au lieu qu'ici l'acheteur peut discéder du marché en disant que la chose ne lui plaît pas.[1]

M. Troplong a raison. En principe aucune des parties ne peut discéder du marché sous condition suspensive jus-

[1] N° 108.

qu'à l'événement prévu. Mais cela n'est absolument vrai que lorsque la condition est purement casuelle, c'est-à-dire laissée au hasard seul, en dehors du fait personnel des parties. Je vous vends cinquante balles de laine si de ce jour à un, deux ou trois mois le navire *l'Algésiras* arrive dans le port de Marseille. Il est évident que tant que le délai convenu ne sera pas expiré, aucun de nous ne pourra revenir de son engagement, que l'arrivée du navire rendrait parfait et définitif.

Mais comment admettre qu'il pût en être de même lorsque l'événement constituant la condition est précisément le fait d'une des parties? La rupture du contrat personnel n'est plus que l'exercice du droit qui lui a été reconnu et conféré. On pourrait bien ne voir là que la condition potestative proscrite par l'article 1174 du Code Napoléon, mais dès que le législateur autorisait la vente à l'essai, et il ne pouvait faire autrement, fallait-il bien en accepter la conséquence, et admettre la légalité de la condition qui en est la base, toute potestative qu'elle puisse être. L'article 1588 consacrerait donc une exception à l'article 1174.

Ainsi la conditionnalité de la vente est ici la conséquence forcée de sa nature. J'achète si après essai la chose répond au besoin qui me détermine à me la procurer, il n'y a donc pas achat actuel. Le traité n'existera qu'après le résultat favorable de l'essai, son effet est dès-lors naturellement suspendu jusque-là. L'article 1588 ne fait donc qu'une exacte appréciation de la nature de la convention et des conséquences qui peuvent et doivent en résulter.

Ajoutons qu'il ne méconnaît ni ne viole le principe invoqué par M. Troplong, ainsi jusqu'à l'essai aucune des parties ne peut discéder de la convention. Si cet essai fait, l'impropriété de la chose étant acquise, l'acheteur est autorisé à rompre son engagement, c'est que l'événement prévu et accepté s'est réalisé. Il fallait de toute nécessité consacrer son droit, ou prohiber la vente à l'essai.

158. — Nous venons de voir que l'exécution à donner au marché, quant à l'essai, exige que la chose passe aux mains de l'acheteur, mais le contrat n'étant parfait que par l'issue favorable de l'essai, la propriété repose jusque-là sur la tête du vendeur, et la perte survenue avant resterait pour son compte, malgré la livraison.

Mais, en acceptant celle-ci, l'acheteur a assumé toutes les obligations du dépositaire, il doit donc veiller à la conservation de la chose, et surtout exécuter loyalement l'essai. La perte qui serait resultée d'un défaut de précautions ou de soins; de l'excès ou l'abus dans l'essai, resterait incontestablement à sa charge, non en vertu de la vente, mais à titre de dommages-intérêts.

159. — Le droit de l'acheteur de discéder du marché, l'obligation du vendeur de courir les risques, même après livraison, assignent un grave intérêt à la question de savoir si la vente a été on non faite à l'essai.

L'article 1588 ne fait pas pour celle-ci ce que l'article 1587 vient de faire pour la dégustation, il n'indique aucune denrée, aucun effet devant être considéré comme vendu à essai. Ce silence ne permet pas de présumer cette

condition en aucun cas, elle ne doit être admise que si elle a été expressément stipulée. C'est ce que M. Troplong reconnaît et enseigne.

160. — M. Duvergier trouve cette conclusion trop absolue, il pense que l'usage de la place peut et doit la modifier.

Mais il serait fort difficile d'établir à ce sujet un usage général et absolu. Sans doute il est des choses qui sont souvent prises à l'essai : un cheval, une montre, une pendule, une machine, mais combien de fois n'arrive-t-il pas et sur la même localité que le marché est conclu purement et sans condition.

Ici encore il faudrait distinguer l'achat particulier de l'achat commercial. S'il est des choses qu'il soit dans l'usage d'essayer avant de les acheter, ce sont incontestablement les vêtements ; on admettra donc que celui qui achète un habit pour son usage particulier a entendu se réserver la faculté de l'essayer.

Mais, pour le marchand de confections qui achète pour revendre, admettra-t-on cette réserve ? A son tour ne fait-il pas abstraction de son goût et de ses convenances ? Peut-il avoir en vue autre chose que les exigences du public qu'il dessert ? Et ce qui est vrai pour lui l'est au même titre pour l'horloger ou le maquignon achetant pour revendre.

On comprend donc que l'usage d'essayer, que les simples particuliers pourraient invoquer, ne saurait l'être par les commerçants. En ce qui les concerne, cette faculté n'est présumée dans aucun cas, et de quelque nature que

soit la matière qu'ils ont traitée, ils ne sauraient en revendiquer le bénéfice que s'ils l'avaient expressément stipulé.

161. — Il résulterait de là que dans la vente verbale toute prétention d'avoir traité à l'essai devrait être repoussée. Cependant cette faculté a pu être dans l'intention des parties et faire la condition du marché, on arriverait donc à une injustice si on n'accordait pas le moyen d'établir la vérité.

Or, pour la vente commerciale, ce moyen existe dans l'admissibilité de la preuve orale. Que le marché soit constaté par écrit, ou qu'il ne soit que verbal, l'acheteur sera recevable à établir son véritable caractère même par témoins, si les circonstances dont il se prévaut sont graves, précises et concordantes et rendent sa prétention vraisemblable.

La vente civile obéit à d'autres inspirations, elle doit être prouvée par écrit toutes les fois que l'intérêt dépasse 150 fr.; et s'il existe un acte, on ne peut prouver contre et outre son contenu ni ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis, encore qu'il s'agisse de moins de 150 fr.[1]

En conséquence, si la vente prétendue est établie par un acte écrit, le silence gardé sur la clause d'essai serait un obstacle invincible; son existence ne pourrait être prouvée par témoins que s'il était justifié d'un commencement de preuve par écrit.

[1] Art. 1341 C. Nap.

Si la vente est verbale, sa dénégation pure et simple de la part du prétendu acheteur la rendrait sans effets possibles.

162. — Que si, reconnaissant l'existence de la vente, il déclare qu'elle a été faite à l'essai, l'indivisibilité de son aveu rendrait cette clause obligatoire. On ne pourrait le scinder contre lui à moins que la seconde partie n'en fût d'une invraisemblance choquante et manifeste, comme s'il s'agissait d'une chose pour laquelle l'essai ne serait ni pratiqué ni praticable.

Cette invraisemblance doit résulter de la nature des choses et non des stipulations alléguées. On ne saurait notamment l'induire de ce qu'aucun terme n'aurait été assigné pour la réalisation et la durée de l'essai. C'est ce que la Cour de cassation vient de décider expressément par arrêt du 19 avril 1858.

163. — Actionné en payement de 405 fr. pour prix d'un cheval que Bonnisson soutenait lui avoir vendu, Benoît répondait que la vente avait été faite à l'essai; qu'il avait pris le cheval le 9 octobre, et qu'après l'avoir essayé, reconnaissant qu'il ne pouvait lui convenir, il l'avait lui-même rendu le 18 à Bonnisson qui l'avait repris.

Par jugement du 22 janvier 1857, le tribunal civil de Joigny, sans s'arrêter à l'aveu de Benoît, maintient la vente et repousse la condition alléguée. Attendu qu'il n'est pas vraisemblable que la vente ait été faite à l'essai, sans qu'on eût eu le soin de fixer un délai pendant lequel cet essai aurait lieu.

Mais, sur le pourvoi de Benoît, ce jugement est cassé pour violation de l'article 1356 du Code Napoléon. La Cour régulatrice déclare qu'en admettant que la règle de l'indivisibilité de l'aveu fléchisse en cas d'invraisemblance de l'une des parties de l'aveu, il faut que l'invraisemblance soit de telle nature qu'elle puisse être assimilée à une impossibilité; qu'il ne suffit pas d'une simple invraisemblance résultant de l'appréciation du juge.

Et spécialement que lorsque le défendeur à une demande en payement du prix d'un cheval avoue l'existence de la vente au prix indiqué, mais ajoute que la vente a eu lieu à l'essai, cette dernière partie de l'aveu ne peut être écartée par le motif unique que le défaut de fixation du temps pendant lequel l'essai eût dû être fait rendait invraisemblable la stipulation d'une telle condition.[1]

164. — On ne pourrait juridiquement admettre le contraire qui si la loi avait subordonné l'efficacité de la clause d'essai à la détermination du délai pendant lequel cet essai devait se réaliser. Or, une pareille exigence ne pouvait être ni dans la lettre ni dans l'esprit de la législation. Le vendeur seul a intérêt à cette détermination qu'il est libre d'exiger; s'il néglige de le faire, on ne saurait l'en récompenser au détriment de l'acheteur qui n'a absolument rien à se reprocher.

Devrait-on conclure du défaut de détermination d'un délai que l'acheteur pourra éterniser l'épreuve à son gré?

[1] *D. P.*, 58, 1, 153.

Non évidemment, car la raison indique, en ce cas, qu'une pareille faculté n'a pas été, n'a pas pu être dans l'intention des parties. Aussi tout ce que le droit romain induisait de ce défaut, c'est que l'acheteur avait, pour se prononcer, un délai de 60 jours, passé lequel il n'était plus recevable à poursuivre la résolution de la vente.[1]

Notre Code n'a rien statué à ce sujet, et n'a tracé aucucun délai pour suppléer au silence de la convention. Mais on ne saurait en conclure qu'il a laissé l'acheteur libre de n'écouter à cet égard que ses convenances ou son caprice.

Tant qu'il n'a pas reçu la chose, il n'encourt aucune déchéance, il pourra donc se livrer à l'essai à quelque époque que la chose lui soit remise.

Mais cette remise effectuée, il doit immédiatement procéder à l'essai et se prononcer dans un délai suffisant pour qu'il puisse le faire avec connaissance de cause. Le retard plus ou moins long qu'il mettrait à s'expliquer pourrait faire présumer qu'il a agréé la chose et autoriser le vendeur à exiger le payement du prix.

Dans tous les cas, les juges pourraient assigner un délai pendant lequel l'acheteur serait tenu de se prononcer, et passé lequel il ne lui serait plus permis de discéder du contrat.

165. — Si le délai convenu pour l'essai est déterminé dans la convention, son observation et de rigueur. L'acheteur, qui après son expiration aurait conservé la

[1] L. 31, § 22, Dig. *De ædilitio edict.*

chose en sa possession, serait présumé l'avoir agréée. Il ne pourrait donc plus prétendre l'essayer, sous prétexte qu'il ne l'aurait pas fait encore, ni discéder du marché : *Conditio semel defecta non restauratur.* On ne peut être relevé d'une déchéance qu'on a laissée s'accomplir. Or, dans notre hypothèse, la déchéance résulte formellement et de plein droit de l'expiration du délai.

C'est ce que la pratique a admis. L'acheteur qui a laissé écouler le délai sans avoir usé de son droit, est condamné à garder pour son compte la marchandise qu'il avait reçue pour l'essayer, et à en payer le prix, soit à titre de dommages-intérêts pour inexécution, soit par l'effet de la présomption que le marché a été agréé.[1]

Cette pratique a recueilli l'assentiment de M. Troplong, qui l'approuve parce que, dans le commerce, l'intérêt dominant est la circulation de la marchandise qui ne doit jamais rentrer dans les magasins du vendeur sans de graves motifs, attendu qu'il en résulterait pour lui un grave préjudice.[2]

166. — Au reste, à quelque titre qu'elle soit prononcée, la déchéance est en réalité une clause pénale en faveur du vendeur et contre l'acheteur. Elle garantit l'exécution de l'engagement contracté par celui-ci, et devient la juste peine de sa négligence ou de sa mauvaise volonté.

Il est dès-lors évident que la prétention du vendeur en poursuivant le bénéfice ne saurait manquer d'être accueil-

[1] Pardessus, n° 294.
[2] N° 109.

lie, mais serait-il recevable et fondé à faire du défaut d'essai un motif pour faire prononcer la résiliation de la vente en sa faveur.

Nous ne le pensons pas ; la condition d'essai est dans l'intérêt unique de l'acheteur, elle ne suspend les effets de la vente qu'en ce qui le concerne exclusivement. Il lui est donc loisible d'y renoncer, et l'exercice qu'il ferait de ce droit ne pourrait fournir au vendeur l'occasion de discéder du marché, qui est parfait et définitif à son égard.

Or l'acheteur qui, dans le délai qui lui était imparti, n'a pas procédé à l'essai, n'a fait que renoncer tacitement à la faculté qu'il s'était réservée. C'est ce qu'il pourrait faire expressément sans que le vendeur trouvât à y redire. A quel titre serait-il admis à contester dans notre hypothèse.

Que l'acheteur ait ou non procédé à la dégustation, sa déclaration que la marchandise est à sa convenance rend la vente parfaite et irrévocable. Elle est dans tous les cas un obstacle invincible à ce que le vendeur en obtienne la résiliation, à moins d'un refus ou d'un défaut de payement du prix.

167. — Si l'acheteur, avant l'expiration du délai convenu, meurt sans avoir procédé à l'essai, la vente est-elle résiliée en faveur du vendeur? Voët se prononçait pour l'affirmative ; considérant le droit comme exclusivement personnel, il en refusait l'exercice aux héritiers.[1]

[1] Sur loi *De contrah. empt.*, n° 26.

M. Troplong combat cette doctrine qu'avec raison il déclare inadmissible. La condition d'essai est attachée à la chose plutôt qu'à la personne. Celui qui succède à l'acheteur dans l'exploitation au service de laquelle cette chose était destinée éprouve les mêmes besoins ; substitué aux obligations de son auteur, il hérite de tous ses droits. On ne saurait donc lui dénier celui de procéder à l'essai ; de discéder du contrat si la chose ne remplit pas la destination qu'elle a reçue ; d'en contraindre l'exécution en cas contraire.

168. — Du principe que la condition d'essai n'est pas un droit exclusivement personnel à l'acheteur, il suit que la faillite de celui-ci survenant avant l'expiration du délai convenu, la masse est recevable à réaliser l'essai, et à retenir la chose si elle le croit utile à ses intérêts, ou s'en abstenir et la restituer.

Dans le premier cas, elle serait obligée de payer intégralement le prix. Sans doute c'est avec le failli que le marché est intervenu, mais son effet, suspendu jusqu'à l'essai, rendait la vente incertaine, et si, en réalisant cet essai, la masse s'approprie la chose, c'est elle qui donne à la vente toute sa perfection et qui achète réellement. On ne saurait donc l'exonérer de l'obligation de payer intégralement le prix.[1]

169. — Mais le vendeur ne serait plus que simple créancier chirographaire, si avant sa faillite l'acheteur avait

[1] Troplong, n° 113.

réalisé l'essai ou renoncé expressément ou tacitement à le faire. L'intérêt que la masse a à le faire admettre ainsi peut faire prévoir qu'elle se prévaudra de cette exception pour faire écarter les prétentions du vendeur réclamant l'intégralité du prix.

Les juges auront donc à prononcer sur le fondement de l'exception, et aucun doute ne saurait exister si la renonciation dont excipe la masse était expresse.

La difficulté se comprend s'il s'agit d'une renonciation tacite, mais cette difficulté ne serait sérieuse que si le traité n'avait déterminé aucun délai pour l'essai.

Dans le cas contraire, la renonciation serait admise si, au moment de la faillite, le délai convenu était expiré sans que la chose eût été rendue; elle serait repoussée si, étant encore dans le délai, le failli n'avait pas expressément agréé la chose.

169 bis. — La vente sur échantillon peut être assimilée à la vente à l'essai, en ce sens que l'efficacité du contrat est subordonnée à la conformité de la marchandise avec l'échantillon.

Il est dès-lors évident que la prise de livraison n'est jamais faite que sous la réserve de vérifier cette conformité. Elle ne saurait donc créer une fin de non-recevoir contre la demande en nomination d'experts chargés de vérifier. Cette demande ne peut être formée qu'après que la chose vendue est arrivée aux mains de l'acheteur. On ne peut dès-lors admettre que sa réception emporte renonciation à l'intenter.

On n'a jamais tenté de le soutenir lorsque, le marché

traité par correspondance, la marchandise est directement expédiée d'un lieu sur un autre, sans que l'acheteur ait été à même de la voir et de la vérifier. Qu'en est-il dans l'hypothèse d'une vente entre commerçants de la même place, exécutée sur la place même.

L'acheteur, dans ce cas, nanti de l'échantillon, est en mesure, et par conséquent en demeure de vérifier si la marchandise est ou non conforme. Donc s'il l'accepte et la reçoit dans ses magasins, ne devra-t-on pas présumer qu'il en a reconnu la conformité, et s'est ainsi rendu non-recevable à la faire ultérieurement expertiser?

En droit pur, cette question devrait se résoudre par l'affirmative, mais son rigorisme est peu compatible avec les exigences commerciales. Ces exigences ont donné naissance à des usages dont l'observation est recommandée par la loi elle-même.

C'est donc par l'usage de la place qu'on doit se prononcer. Ainsi la Cour de Bordeaux jugeait, le 27 août 1831, qu'à Bordeaux la réception des sucres bruts, alors même qu'elle est faite sans protestation ni réserve, ne prive pas l'acheteur de la faculté de faire vérifier s'ils sont conformes aux échantillons.

Il s'agissait dans cette espèce de sucres achetés sur la localité par l'intermédiaire de courtiers, et transférés des magasins du vendeur dans ceux de l'acheteur. Ce dernier, après réception, soutenait qu'ils n'étaient pas conformes à l'échantillon et demandait que la vérification en fût faite par experts.

Le vendeur répondait : Un fait essentiel est que vous avez pris livraison et reçu la marchandise sans protesta-

tion ni réserve; vous n'avez pas demandé comme vous en aviez le droit, à cette époque, de vérification. La conséquence légale qu'on doit tirer de votre silence, c'est que vous avez été satisfait de la marchandise, que vous l'avez trouvée loyale et marchande, et créé ainsi une fin de non-recevoir insurmontable contre votre demande tardive en vérification. L'expertise serait d'ailleurs frustratoire, puisque si les sucres étaient trouvés défectueux, il serait impossible de décider de qui, depuis la prise de possession, cette avarie pouvait provenir.

Mais il n'était pas question de savoir si les sucres étaient ou non défectueux, si sans avarie aucune ils étaient loyaux et marchands. Indépendamment de cette condition, la vente sur échantillon en exige une autre, la conformité. L'absence de celle-ci annule la vente, quelque parfaite que puisse être la marchandise dans sa qualité.

Or, ajoutait-on, il n'est ni dans les usages, ni dans les possibilités du commerce que l'acheteur se transporte au domicile du vendeur pour vérifier cette conformité. Ce n'est qu'après la remise que cette vérification peut et doit se faire.

C'est ce que le tribunal de commerce, et, sur l'appel, la Cour de Bordeaux consacrent en effet; plus tard, et par arrêt du 22 novembre 1832, la Cour suprême rejetait le pourvoi dont l'arrêt de la Cour de Bordeaux avait été l'objet.

La demande en vérification, même après réception, est donc recevable en droit, mais en fait elle ne sera pas toujours admise. Il faut, en effet, pour qu'elle puisse l'être :

1° qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la véracité de l'échantillon. C'est pour cela qu'il est ordinairement soit remis sous le sceau du vendeur, soit déposé en mains tierces. Il est évident qu'en l'absence de toute précaution à ce sujet, l'allégation que l'échantillon représenté n'est pas celui qui avait été remis pourrait créer de graves et sérieuses difficultés.

Il faut de plus que la demande en vérification suive de près la réception. Le retard que l'acheteur mettrait à l'intenter pourrait faire présumer son agrément définitif, et repousser une vérification tardivement réclamée.

Il est une autre difficulté que la réception de la marchandise est dans le cas de faire naître. Celle relative à l'identité entre la marchandise dont on demande la vérification et celle qui a été réellement livrée. On peut prévoir en effet que le vendeur, voulant échapper à la résiliation, ne manquera pas d'objecter soit une substitution, soit une altération dans la qualité, à l'effet de faire résilier un marché devenu onéreux. L'appréciation de ces reproches est laissée à la prudence et aux lumières des juges. Comme éléments de conviction, ils ont la moralité des parties, leur position commerciale ; l'intervalle entre la réception et la poursuite ; le plus ou moins de spontanéité des réclamations amiables ayant précédé celle-ci, etc....

Le défaut de conformité de la marchandise avec l'échantillon constaté, la vente est nulle et de nul effet. En réalité donc la vente sur échantillon est conditionnelle comme celle à l'essai.

Mais la condition suspensive dans celle-ci, est résolu-

toire dans la première ; de là cette conséquence importante que la vente est parfaite par le concours de volontés ; que la livraison réelle ou feinte a transféré la propriété à l'acheteur ; que la perte ultérieurement survenue, mais avant la vérification, est à la charge exclusive de ce dernier ; alors, en effet, *il ne peut plus dire et prouver, la chose n'existant plus, qu'elle n'est pas conforme, ni obliger le vendeur à la reprendre.*[1]

SECTION II.

Des promesses de vente.

SOMMAIRE.

170. Caractère de la promesse de vente, ses conditions.
171. Définition qu'en faisait Pothier.
172. Droit ancien sur la promesse unilatérale.
173. Merlin enseigne qu'elle est nulle, arrêts dans ce sens.
174. Doctrine contraire de M. Troplong, son caractère juridique.
175. Opinion de l'auteur.
176. Espèces des arrêts des Cours de Riom et de Bourges.
177. Importance de l'acceptation, quand doit-on la supposer.
178. Comment se règle le droit du promettant de discéder du marché, lorsqu'un délai a été assigné pour l'acceptation.
179. M. Duranton exige une mise en demeure. Réfutation.

[1] Pothier, nº 266.

180. *Quid* si aucun délai n'a été déterminé ?
181. Effets de la promesse régulière et parfaite.
182. Exception édictée par l'article 1590 du Code Napoléon. Fondement de sa disposition.
183. Conditions qu'exige son applicabilité.
184. Nature de la difficulté que les Tribunaux auront à résoudre. Elément de solution.
185. Arrêt de la Cour de Dijon, du 15 janvier 1845.
186. Appréciation.
187. Effets du contrat régulier.
188. La stipulation d'arrhes est-elle admissible dans la vente proprement dite.
189. Droit romain avant et depuis Justinien.
190. L'affirmative s'induit des articles 1589 et 1590.
191. Opinion contraire de MM. Malleville, Pardessus, Delvincourt et Duranton.
192. Distinction que propose M. Troplong.
193. Réponse de M. Duvergier.
194. Examen et discussion.
195. Conclusion. Conditions de l'admissibilité.
196. Comment les Tribunaux doivent apprécier à défaut de stipulation écrite, lorsque la vente est sous condition suspensive.
197. Dans le cas de condition résolutoire, casuelle ou potestative.
198. Dans cette dernière hypothèse, la rupture du marché ne peut être poursuivie que par l'acheteur, en perdant les arrhes.
199. Effets de la condition résolutoire légalement sous-entendue.
200. La dation et la réception des arrhes font-elles perdre au vendeur le droit de faire maintenir le contrat ? Raisons pour l'affirmative.
201. Avis contraire de M. Troplong.
202. Caractère de sa doctrine.
203. Examen des motifs sur lesquels elle s'étaye.
204. Ses conséquences.
205. Conclusion.

170. — L'usage de la promesse de vendre, disait l'orateur du tribunat, est aussi ancien que la vente. Sa conservation ne peut entraîner aucun inconvenient, l'article 1589 du Code Napoléon prouve que le conseil d'Etat partagea cette opinion.

Donc la promesse de vente vaut vente, mais à condition qu'il y aura concours des volontés sur la chose et sur le prix. En pareil cas, disait Portalis, on trouve effectivement tout ce qui est de la substance du contrat de vente. C'est parce que la promesse de vente sera faite par l'nn, acceptée par l'autre, qu'il y aura accord sur la chose et sur le prix que la promesse vaudra vente. Pouvait-il en être autrement lorsque, aux termes de l'article 1583, il y a vente parfaite dès que ces trois circonstances sont acquises.

On ne pouvait donc être plus exigeant pour la promesse que pour la vente, mais on n'a pas voulu l'être moins, et avec toute raison, puisqu'on identifiait les deux contrats quant aux effets, on devait leur tracer des conditions identiques.

L'article 1589 ainsi entendu conduit à cette conséquence : le législateur n'admet de promesse de vente régulière et obligatoire que celle résultant d'une convention synallagmatique renfermant les conditions exigées par l'article 1583.

171. — Pothier comprenait autrement la promesse de vente, il la définissait : la convention par laquelle quelqu'un s'obligeait envers un autre à lui vendre une chose à un prix déterminé. Pothier avait raison, il n'y a

réellement simple promesse que dans l'engagement unilatéral du détenteur de la chose proposant et s'obligeant de la vendre à un prix déterminé. Dès que cette proposition est acceptée par celui à qui elle est faite, il n'y a plus seulement promesse, il y a vente parfaite et définitive, dont l'exécution peut être réciproquement contrainte et ordonnée par justice.

172. — Aussi le droit ancien avait-il paru autoriser la promesse unilatérale. Sa validité était admise par les jurisconsultes. On ne s'était divisé que sur les effets qu'elle devait et pouvait produire.

Les uns soutenaient que l'acte unilatéral n'était qu'une promesse de vendre qu'il dépendait de son auteur de tenir ou de rétracter ; ils déniaient aux tribunaux le droit de le contraindre, en se fondant sur la maxime *nemo potest cogi ad factum;* ils estimaient en conséquence que tout devait se résoudre en une allocation de dommages-intérêts.

Les autres, et parmi eux Pothier, répondaient que la maxime *nemo potest* et celle que les obligations *quœ in faciendo consistunt* se résolvent nécessairement en des dommages-intérêts, n'étaient applicables que lorsqu'il s'agissait de faits extérieurs et corporels, telle que l'obligation de celui qui se serait engagé à copier mes cahiers ; lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation à des dommages-intérêts. Mais que lorsque le fait qui a donné lieu à la promesse n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur, il peut être suppléé par un jugement. Ils estimaient en consé-

quence que le bénéficiaire de la promesse, faute par le promettant de passer l'acte, pouvait obtenir un jugement qui en tiendra lieu et lui transfèrera la propriété de la chose dont la vente était promise, et dont il pourrait ensuite poursuivre la livraison réelle et effective.

D'autres enfin soutenaient que le bénéficiaire de la promesse unilatérale pouvait, en offrant le prix indiqué, agir *recta via*, et demander l'exécution de la vente et la délivrance de la chose.

La validité de la promesse unilatérale admise, cette dernière opinion était plus rationnelle, elle faisait éviter le circuit d'actions autorisé par la seconde, et qui ne pouvait entraîner que des longueurs et des frais.

173. — Qu'en est-il sous l'empire de notre droit actuel?

Merlin se prononce pour la nullité radicale et absolue de la promesse unilatérale, à laquelle il refuse tout effet. Il déduit cette conclusion des termes de l'article 1589. Sa doctrine a été consacrée par la Cour de Riom, le 25 mai 1820 et par la Cour de Bourges, le 2 avril 1821.

Il est certain que la promesse de vente, qui n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 1589, ne vaudra pas vente. S'ensuit-il qu'elle ne renferme ni obligation ni droit? Nous ne saurions l'admettre.

174. — La promesse unilatérale, enseigne M. Troplong, quoique n'ayant pas acquis le caractère de vente, n'en vaudra pas moins comme promesse obligatoire, il n'y a en elle aucun vice de nature à délier le promettant.

La bonne foi veut au contraire qu'elle soit exécutée, à moins qu'on dise que le Code s'est montré moins moral que l'ancienne jurisprudence. En conséquence le promettant sera obligé de tenir sa parole, et, en cas de refus, il pourra être contraint par jugement, soit à passer contrat comme le veut Pothier, soit à faire *recta via* délivrance de la chose, ce qui paraît plus direct et non moins légal.[1]

Le caractère juridique de cette doctrine nous paraît incontestable. Il s'induit non-seulement des principes généraux de droit en matière d'obligations, mais encore de la règle que les nullités ne peuvent se suppléer. Or, l'article 1589 dit bien ce que doit être la promesse valant vente, mais il ne statue rien sur le sort de celle qui ne réunit pas les conditions qu'il exige. Dès-lors la déclarer absolument nulle et de nul effet, c'est ajouter à sa disposition une peine qui ne s'y trouve pas édictée ; et cela au moment précisément où ses exigences se trouvent par le fait réalisées.

Le bénéficiaire de la promesse n'en poursuivra l'exécution que parce qu'il l'a acceptée. Donc, au moment où le litige sera porté en justice, l'acceptation aura rendu la promesse synallagmatique en réalisant le concours de volontés sur la chose et sur le prix.

175. — Mais ce résultat est subordonné à une condition, à savoir : que l'acceptation aura été réalisée et connue du promettant avant toute rétractation de sa part. En effet, la promesse unilatérale n'est en réalité qu'une

[1] N° 116.

offre, qu'une proposition voulant être agréée. Son auteur fait connaître son intention de vendre et les conditions qu'il exige.

Tant que celui à qui s'adresse la promesse n'a pas de son côté manifesté sa volonté d'acheter et l'acceptation pure et simple des conditions, il n'y a pas de contrat, et la rétractation de la promesse le rendrait impossible dans l'avenir. C'est ce qu'on décide pour la vente elle-même, Pourrait-il en être autrement pour la promesse de vente.

Donc, il n'y a en réalité promesse unilatérale pouvant être retractée que jusqu'à acceptation. Celle-ci donnée et reçue, il y a engagement réciproque, contrat synallagmatique, chacune des parties étant en position et en mesure d'en contraindre l'exécution.

176. — Permettre la rétractation de la promesse après l'acceptation serait donc non pas appliquer, mais violer l'article 1589 lui-même. Or, ce n'est pas ce que consacrent les Cours de Riom et de Bourges dans leurs arrêts de 1820 et 1821.

La Cour de Bourges ne fait qu'appliquer notre doctrine. Elle déclare, en effet, qu'une promesse de vente par laquelle l'acquéreur a la faculté de devenir propriétaire dans un certain temps, moyennant un prix déterminé, devient nulle, si le vendeur révoque son consentement avant que l'acquéreur se soit expliqué.

Devant la Cour de Riom, l'espèce était plus favorable encore. Le promettant avait sommé le créancier de régulariser la vente et d'en payer le prix. Cette mise en demeure étant restée sans effet, il l'avait ajourné pour

voir déclarer la promesse nulle et de nul effet. Ici il y avait eu non pas seulement défaut d'acceptation, mais encore refus formel qui avait par son seul fait anéanti la promesse. Celle-ci, en effet, n'est jamais faite que sous condition d'être agréée par celui à qui elle s'adresse. Le refus de celui-ci rendant cette condition irréalisable, la promesse se trouve naturellement révoquée. La Cour de Riom ne pouvait donc prononcer autrement qu'elle ne le faisait, le réavisé tardif du créancier n'avait pu faire revivre l'engagement du débiteur, *conditio semel defecta non restauratur*.

177. — En pareille matière, tout réside dans la conduite du créancier ; tant qu'il n'a pas formellement accepté, le promettant peut se rétracter. Il est dégagé de plein droit par le refus d'acceptation.

Celle-ci, donnée avant toute rétractation, rend la promesse définitive et obligatoire, lui enlève son caractère unilatéral. Il y a désormais engagement réciproque, concours de volontés sur la chose et sur le prix et par conséquent vente parfaite.

La Cour de Paris jugeait, le 10 mai 1826, que l'acceptation n'a pas besoin d'être expresse; qu'elle peut résulter notamment de la remise et de la réception de la promesse écrite et signée.

Le traité, dans cette espèce, ayant eu lieu entre les parties directement, on pouvait considérer l'acceptation de la promesse comme un agrément. A quoi bon, en effet, sa réception, si celui-ci n'était pas dans l'intention des parties? Présentes l'une et l'autre, elles avaient pu s'enten-

dre, et c'est parce qu'elles s'étaient entendues qu'il y avait eu remise de la promesse d'un côté, réception de l'autre.

Mais on comprend que ce double fait serait sans importance dans l'hypothèse d'une promesse entre absents, faite par correspondance. L'envoi n'est alors fait qu'à titre de proposition, et la réception ne saurait par elle-même en constituer l'acceptation ; celle-ci ne serait acquise que si, en réponse, le bénéficiaire de la promesse avait déclaré la donner.

Cette manifestation de volonté, indispensable entre absents, peut l'être également entre présents, par exemple si elle a été la condition de la promesse ; je promets de vous vendre telle chose à tel prix, si vous vous engagez à l'accepter. Pourrais-je dans ce cas retracter ma promesse tant que vous ne vous serez pas expliqué?

178. — Une distinction nous paraît nécessaire. Si en exigeant votre déclaration j'ai fixé le délai dans lequel elle doit être donnée, je me suis interdit le droit de me retracter avant son expiration, je ne pourrais donc le faire légalement pendant toute sa durée.

Mais celle-ci épuisée sans que vous vous soyez expliqué, je suis dégagé de plein droit, je rentre dans la libre disposition de ma chose, et votre acceptation ultérieure ne saurait faire revivre le contrat.

179. — M. Duranton admet ce résultat, mais seulement après une mise en demeure, conformément à l'article 1139 du Code Napoléon. Cette exigence ne nous paraît pas admissible. Comment, en effet, recourir à l'arti-

cle 1139, spécial au débiteur lorsqu'il s'agit du créancier ; lorsqu'il est question non de l'exécution du contrat, mais de sa constitution.

D'ailleurs, s'il fallait recourir aux principes généraux du droit, c'est l'article 1146 que nous invoquerions, et nous considèrerions comme légalement en demeure le créancier qui, tenu de s'expliquer dans un certain temps, a refusé ou omis de le faire.

La promesse, en effet, ne peut être prise que dans son ensemble. Toutes les clauses en sont corrélatives et indivisibles. Libre de contracter ou non, le promettant a pu subordonner son engagement aux conditions que ses convenances lui ont paru exiger, et s'il a formellement déclaré ne vouloir être obligé que pendant un certain temps, rien ne saurait faire qu'il l'ait été, ou qu'il ait pu l'être au-delà.

D'autre part, le créancier n'a pas d'autre titre que la promesse elle-même, il ne peut évidemment s'en prévaloir que dans les conditions qu'elle stipule. Comprendrait-on qu'il pût la scinder, en revendiquer le bénéfice en en répudiant les charges ? Une prétention pareille n'aurait aucun fondement ni en raison ni en droit. Elle serait donc infailliblement repoussée.

L'assignation d'un délai pour la manifestation de la volonté du bénéficiaire de la promesse produit donc cette double conséquence :

1° Le promettant s'est obligatoirement lié pour toute la durée du délai imparti, il ne peut donc, avant son expiration, revenir sur son engagement et retracter la promesse.

2° Le bénéficiaire de celle-ci est tenu de s'expliquer dans le délai fixé ; son expiration, sans qu'il l'ait fait, rétracte la promesse, et de plein droit délie son auteur de tout engagement.

180. — Si la promesse ne détermine aucun délai, le promettant n'est exonéré de son obligation que par une rétractation, mais il peut valablement la réaliser tant que l'acceptation n'a pas été donnée.

A défaut de cette rétractation, sera-t-il indéfiniment tenu, alors même que l'acceptation se réaliserait à une époque fort reculée ? Nous ne le pensons pas. La nature de la vente pourrait et devrait, dans certains cas, faire considérer le silence gardé par le créancier comme un refus ayant déterminé la rétractation de la promesse.

Au reste, indépendamment du droit de révoquer lui-même sa proposition, le promettant a la faculté de sortir de l'indécision dans laquelle le place le silence du créancier, il peut toujours le mettre en demeure de s'expliquer en le sommant d'avoir à le faire, à défaut de quoi la promesse se trouverait rétractée.

L'effet de cette mise en demeure ne serait pas douteux, le silence que le créancier continuerait de garder serait considéré comme un refus, et le promettant rentrerait dans la libre disposition de sa chose.

Faut-il que la mise en demeure donne un délai quelconque au créancier, et ce délai le promettant est-il libre de le fixer à son gré ?

Sous l'empire de l'ordonnance, Pothier enseignait la négative. Suivant lui, le délai devait être déterminé par la

justice. Il ne reconnaissait donc au promettant que le droit de faire condamner le créancier à se prononcer dans le délai fixé par le jugement lui-même.

Une poursuite de cette nature n'aurait aujourd'hui rien d'illégal, mais elle n'est pas obligatoire. Comme l'observe M. Troplong, la simple mise en demeure suffit, et celui qui la reçoit est tenu de se prononcer dans le délai qu'elle lui laisse.

Cela est surtout incontestable en matière commerciale, car le temps consacré à la poursuite de l'instance, et celui que consommerait le délai accordé par le juge pourraient, par les variations des cours, occasionner au promettant un préjudice considérable, auquel il serait injuste de l'exposer. Le créancier devrait donc fournir sa réponse, lui fût-elle demandée au bas de la sommation.

181. — La promesse synallagmatique ou unilatérale régulièrement acceptée valant vente, le promettant ne saurait refuser la délivrance pas plus que l'acheteur la refuser. Ils peuvent mutuellement se contraindre, sous peine de dommages-intérêts. Le droit de ce dernier à demander sa mise en possession effective ne saurait être ni méconnu ni contesté.

Mais l'exercice de ce droit peut rencontrer en commerce un obstacle invincible. Sa réalisation dans la vente civile tient surtout à ce qu'il s'y agira ordinairement d'un immeuble, ou d'un meuble certain et déterminé. Il exige donc pour la vente commerciale qu'elle porte à son tour sur un corps certain et déterminé, par exemple

telle marchandise reposée à bord de tel navire ou dans tel magasin.

Si la chose vendue n'est déterminée que par ses espèce et quantité, cent hectolitres blé, cinquante balles laînes, par exemple, il n'existe aucun moyen d'en contraindre la livraison réelle et effective. Le refus du vendeur ne laisse à l'acheteur d'autre droit que celui de se faire allouer des dommages-intérêts.

Ces dommages-intérêts sont naturellement indiqués par la nature du contrat; destinés à donner aux parties la position que leur aurait faite l'exécution du marché, ils comprennnent toute la différence qui peut exister entre le prix convenu et le cours du jour où la livraison devait s'opérer.

182. — Le principe qu'on ne peut discéder d'une promesse de vente valant vente reçoit exception dans le cas prévu par l'article 1590 du Code Napoléon. Lorsque la promesse a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est libre de se rétracter : celui qui a donné les arrhes en les abandonnant, celui qui les a reçues en restituant le double.

Le fondement rationnel de cette disposition réside dans l'intention des parties. Chacune d'elles a entendu se réserver la faculté de revenir sur son engagement, sans autres dommages-intérêts que les arrhes données et reçues. Si l'intention des parties, disait M. Faure, n'eût pas été de se ménager cette alternative, la stipulation d'arrhes n'avait point d'objet.

183. — Les termes de l'article 1590 ne permettent aucun doute sur l'intention réelle du législateur. La dation et la réception des arrhes ne conférant la faculté de résoudre le contrat que s'il s'agit d'une promesse de vente, l'article 1590, disait M. Malleville, ne statue que pour les arrhes données sur la simple promesse de vente, et non pour celles données la vente une fois faite. Celles-ci, en effet, ne sont plus qu'un à-compte sur le prix, c'est-à-dire que l'exécution de la vente elle-même. On ne pourrait donc discéder du contrat soit en perdant la somme donnée, soit en restituant le double de ce qui a été reçu.[1]

184. — Cette nuance importante fait suffisamment prévoir le caractère des difficultés que les tribunaux auront le plus souvent à résoudre dans les litiges que soulèvera l'application de l'article 1590.

Celui-ci soutiendra qu'il n'a entendu faire ou accepter qu'une promesse, qu'un simple projet, celui-là prétendra au contraire qu'il s'est agi d'une vente convenue et acceptée et que la somme donnée en a été l'exécution. On comprend l'importance de la solution. Le marché, résoluble dans le premier cas par le sacrifice des arrhes, devra, dans le second, être exécuté sous peine des dommages-interêts pour la réparation du prejudice pouvant résulter de l'inexécution.

Un litige de cette nature offre à résoudre une question intentionnelle. Comme élément d'appréciation, les tri-

[1] *Inf.*, n° 188.

bunaux auront à consulter les circonstances, la nature et le caractère du marché, le chiffre des arrhes eu égard à son importance.

185. — Ainsi la Cour de Dijon jugeait, le 15 janvier 1845, que des arrhes de 25 fr., à l'occasion du bail d'un bois dont le fermage était, indépendamment de certaines redevances en nature, d'une somme de 2300 fr., doivent être réputées n'avoir eu pour but que de témoigner de la perfection du contrat et de son irrévocabilité ; qu'en conséquence le bailleur ne saurait se désister du contrat en restituant le double des arrhes reçues.

Attendu, dit l'arrêt, que les arrhes données par les intimés n'ont aucune espèce de rapport avec l'importance de la convention, puisqu'elles ne consistent que dans la modique somme de 25 fr., tandis que les canons du bail avaient été fixés par les parties à 2300 fr. par an, indépendamment d'un grand nombre de prestations en nature qui étaient encore à la charge des fermiers ; qu'en présence de pareilles circonstances, il est impossible d'envisager les arrhes comme la représentation des dommages-intérêts en cas d'inexécution, puisque, en règle générale, les dommages-intérêts doivent comprendre la réparation du préjudice causé et l'indemnité qu'on aurait pu faire, réparation et indemnité qni, dans l'espèce et eu égard à la valeur des choses qui faisaient l'objet du contrat, auraient évidemment atteint pour deux années d'inexécution du bois un chiffre infiniment plus élevé que celui de 25 fr. que dès-lors une somme aussi minime n'est certainement qu'une espèce d'étrenne, c'est-à-dire

une libéralité qui a été faite au moment de la conclusion définitive du contrat pour témoigner de sa perfection et de son irrévocabilité.[1]

186. — L'arrêt insiste sur la disproportion de la somme donnée et reçue avec l'importance de la convention, mais il relève en même temps d'autres circonstances qui, convergeant au même but, tendent à fixer l'intention réelle des parties, et c'est avec juste raison à notre avis.

Il nous paraît en effet difficile que, prise isolement, la minimité de la somme pût déterminer la solution. Sans doute la perte des arrhes représente les dommages-intérêts en cas d'inexécution ; sans doute encore ces dommages-intérêts se composent de la perte qu'on a faite et du gain dont on a été privé.

Mais cette règle de l'article 1149 du Code Napoléon n'est applicable que lorsque rien n'a été réglé relativement à l'indemnité. S'il existe une convention, elle devient la loi unique et exclusive du juge comme des parties elles-mêmes.

Or cette convention, l'article 1590 l'induit des arrhes données et reçues. Ne disposant rien quant à leur quotité, il s'en réfère à l'accord des parties, en accepte le résultat.

Or, on comprend que les parties se soient arrêtées à une somme relativement fort minime. Au moment où elles traitent, elles ignorent de la part de qui viendra la rupture Chacune d'elles consentira donc facilement à recevoir peu pour se ménager la chance d'avoir peu à donner.

[1] *J. D. P.*, 2. 1845, 582.

La disproportion des arrhes avec la valeur réelle de la matière du contrat n'est donc pas suffisante à elle seule pour trancher la question, mais, réunie à d'autres circonstances dans un sens ou dans l'autre, elle peut et doit exercer une grande influence.

187. — La coïncidence du caractère de simple promesse et de la dation et reception des arrhes amène à ce résultat que le sort de la convention et son exécution ne sont plus qu'une faculté laissée à l'une et à l'autre des parties. Chacune d'elles a le droit de reprendre son consentement, celle qui a donné les arrhes en les perdant; celle qui les a reçues en restituant le double. C'est là la peine unique de l'inexécution.

Ce caractère de pénalité donné à la perte des arrhes conduit à cette conséquence, qu'elle n'est encourue et acquise que dans l'hypothèse où l'inexécution est purement volontaire; qu'elle a lieu contre et malgré l'une des parties.

Dès-lors si la chose promise a péri ; si un événement de force majeure vient créer un obstacle à l'exécution du contrat; si d'accord commun les stipulations sont révoquées par les parties, chacune d'elles est remise dans la même position qu'avant le marché. Les arrhes ne sont ni perdues ni acquises, celui qui les a reçues les restitue purement et simplement à celui qui les a données.

188. — Nous venons de dire que l'article 1690 ne dispose que dans l'hypothèse d'une promesse de vente, d'où M. Malleville concluait qu'il est inapplicable au cas

d'une vente parfaite ; qu'alors la somme donnée et reçue est presumée l'avoir été soit à titre d'à-compte, soit à titre d'étrennes, comme le décidait la Cour de Dijon.

Est-ce là la conclusion à tirer nécessairement de l'article 1590 ? Est-il vrai que les arrhes proprement dites répugnent à la vente, et que leur stipulation ne confère pas le droit de discéder du contrat, soit en les perdant, soit en les doublant ?

189. — Le droit romain avant Justinien se prononçait pour l'affirmative, il ne voyait, dans les arrhes données à l'occasion d'une vente, qu'un témoignage de la perfection du contrat : *Quod arrœ nomine datum, argumentum est emptionis et venditionis contractœ.*

Justinien avait-il modifié et abrogé cette règle ? Cette question avait soulevé une vive controverse parmi les interprètes du droit romain. Si nous étions obligé d'opter pour l'une ou l'autre opinion, nous nous prononcerions pour la négative avec Cujas, Voët, Pothier, Despeisses, etc....

Comment en effet admettre le contraire lorsque, ouvrant les Institutes, nous y rencontrons cette déclaration : *Arrœ sunt argumentum emptionis venditionis contractœ*, c'est-à-dire la disposition textuelle de l'ancien droit.

Il est vrai que plus loin Justinien confère le droit de discéder du contrat en perdant ou en doublant les arrhes. Mais il n'accorde cette faveur que dans l'hypothèse d'une vente encore imparfaite, c'est ce qui ressort nettement du texte des Institutes.

Justinien, après avoir tracé les conditions exigées pour

la perfectibilité de la vente, ajoute : *Donec enim aliquis deest ex his, et penitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum. Hoc etenim subsecuto sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor perdit quod dedit, si vero venditor duplum restituere compellitur licet super arris nihil expressum est.*[1]

Ainsi la vente dont on peut discéder est uniquement celle qui, manquant d'une de ses conditions essentielles, n'avait pas encore acquis toute sa perfection. On pouvait donc en refuser l'exécution sans être tenu de rien, *sine pœna.*

Mais cette impunité cessait si des arrhes avaient été données et reçues. Dans ce cas, l'imperfection du contrat ne suffisait plus, on ne pouvait en discéder qu'en perdant ou en doublant les arrhes. Or, en restreignant cette faculté à l'hypothèse d'une vente imparfaite, on l'excluait dans l'hypothèse contraire, déjà rangée sous l'empire de la règle *arræ sunt argumentum emptionis venditionis contractæ.*

190. — Le Code Napoléon n'a pas fait cesser la controverse. Cependant son texte diffère si essentiellement de celui des Institutes, qu'il semble qu'il ne devrait exister aucun doute sur son intention de permettre ce que

[1] *Inst., de Empt. vend.*

celles-ci prohibaient. On pourra bien, à l'appui de l'opinion contraire, faire remarquer que l'article 1590 ne statue que dans l'hyothèse d'une promesse de vente. Mais cette promesse est celle que l'article 1589 assimile à la vente. Or, faire résulter des arrhes la faculté de discéder d'une promesse valant vente, n'est-ce pas concéder cette faculté pour la vente elle-même.

Tel est, d'ailleurs, le sens que M. Grenier donnait à l'article 1590. Les idées, disait-il dans son discours au Corps législatif, n'étaient pas fixées à ce sujet; les usages variaient. Il ne pourra plus, à l'avenir, y avoir de difficultés. La délivrance et la réception des arrhes déterminent le caractère et l'effet de l'engagement, en le réduisant à une simple promesse de vendre, dont on pourra se désister sous les conditions établies par le Code.

Ainsi, quelle que soit la nature de la convention, si son exécution est renvoyée à une époque ultérieure et garantie par des arrhes, il n'y a pas à distinguer. La stipulation de celles-ci imprime au marché le caractère de promesse, en subordonne l'effet à la persistance de la volonté réciproque des parties.

191. — Toutefois, et à l'exemple de M. Malleville, MM. Pardessus, Delvincourt et Duranton n'admettent pas cette interprétation de l'article 1590. Lorsqu'il s'agit d'une vente, enseignent-ils, cette vente, accompagnée d'une stipulation d'arrhes, n'en est pas moins définitive; il n'est plus au pouvoir des parties de se désister; les arrhes seraient considérées comme un à-compte sur le prix; comme un gage de la sûreté du payement, si elles

consistaient en un corps certain. C'est ce que la Cour de Colmar consacrait le 15 janvier 1813.

192.— M. Troplong distingue entre la vente conditionnelle et la vente pure et simple. Il estime que cette dernière échappe à l'application de l'article 1590. La vente est parfaite, dit-il ; elle fait passer *recte via* la propriété sur la tête de l'acheteur ; elle le saisit de plein droit et sans le secours d'aucun acte émané des parties. Se désister, ce serait donc abdiquer la propriété et la faire repasser sur la tête du vendeur. Mais l'acheteur pourra-t-il opérer cette rétrocession de la propriété ? Ne faudrait-il pas que le consentement du vendeur vînt s'ajouter au sien ? Enfin, on se dédit d'un engagement, mais on ne se dédit pas d'un droit de propriété. Se dédire d'un droit acquis et consommé implique contradiction.[1]

193. — Dans tous les cas, répond M. Duvergier, cette contradiction est écrite dans la loi. Qu'on songe que d'après l'article 1589 la promesse de vente vaut vente ; qu'elle renferme un droit. Or, quel qu'il soit, droit de propriété ou simple *jus ad rem*, l'article 1590 permet de s'en départir. On peut donc se départir d'un droit acquis.[2]

Nous ne concédons pas les prémisses de M. Troplong et moins encore sa conséquence. La vente réellement contractée avec arrhes ne sera parfaite et définitive que par

[1] N° 144.
[2] N° 140.

l'exécution que les parties lui donneront. Jusque-là il n'y a qu'un engagement de la part du vendeur de livrer, de la part de l'acheteur de recevoir la chose vendue et achetée; refuser de l'exécuter, c'est donc se départir d'un engagement plutôt que d'un droit acquis.

S'agit-il d'un droit, de celui de propriété, pourquoi ne pourrait-on pas s'en départir si les parties s'en sont formellement réservé et concédé la faculté. Or, cette réserve et cette concession résultent de plein droit de la stipulation des arrhes, et cette stipulation n'est-elle pas le consentement à ce que la faculté qu'elle concède soit exercée? Donc, en admettant que cet exercice fût la retrocession de la propriété, nous recontrerions ce consentement du vendeur exigé par M. Troplong.

Remarquons enfin que M. Troplong ne se préoccupe que du refus fait par l'acheteur. Or, ce refus peut provenir du vendeur, qui se dispensera d'exécuter soit en perdant les arrhes qu'il a données, soit en doublant celles qu'il a reçues. Il peut donc reprendre la propriété qu'il aurait transférée, comment pourrait-il dès-lors s'opposer à ce que l'acheteur l'abdiquât à son tour aux mêmes conditions.

194. — Le tort de l'opinion que nous repoussons est de supposer une hypothèse qui ne saurait se réaliser. On ne comprendrait pas que des arrhes fussent stipulées, si la vente recevait immédiatement son exécution, c'est-à-dire si la chose qui en fait la matière était livrée et reçue au moment du contrat.

On n'a recours à cette stipulation que parce que cette

exécution est nécessairement renvoyée à un temps plus ou moins prochain, donc la vente n'est que conditionnelle. Sa perfection exige le secours du fait personnel des parties, car elle ne vaudra que si chacune d'elles a persisté dans la volonté qu'elle a manifestée à l'origine du traité.

Contestera-t-on le droit qu'ont les parties de traiter à cette condition? Mais, comme dans les autres contrats, la vente est susceptible de toutes les conventions qu'il plait aux parties de stipuler, pourvu qu'elles ne blessent ni l'intérêt public, ni la morale, ni les bonnes mœurs. Hésiterait-on à valider la vente sous réserve de se dédire pendant un temps convenu? Or, la stipulation d'arrhes n'est pas autre chose que cette réserve que la loi induit de la nature du contrat.

195. — Nous pensons donc que l'article 1590 est applicable à la vente comme à la simple promesse de vente, et cela par le motif que M. Grenier relevait dans son discours. La délivrance et la réception des arrhes déterminent le caractère légal du contrat en le réduisant à une simple promesse de vendre qu'il est libre à chaque partie de ne pas tenir. Leur refuser cette liberté serait violer le contrat en lui enlevant son effet le plus essentiel, c'est-à-dire cette alternative sans laquelle, comme l'observait M. Faure, la stipulation d'arrhes n'avait point d'objets.

Ainsi, quelle qu'ait ait été la nature du contrat dans l'intention des parties, la certitude qu'il a été fait avec arrhes le place sous l'empire de l'article 1590. L'unique effet qui s'induira de ce qu'il s'est agi d'une vente, sera de rendre plus difficile à admettre la prétention de faire

considérer comme arrhes la somme donnée et reçue. La probabilité étant qu'elle l'a été en déduction du prix, on n'admettra le contraire que si le doute n'était pas permis, dans le cas par exemple où un traité écrit indiquerait le véritable caractère de l'opération.

196. — A défaut de preuve écrite s'offrent, pour les juges consulaires, la preuve testimoniale, les présomptions. Celles-ci s'induiront non pas seulement du fait de la remise et de la réception d'une somme quelconque, mais encore et surtout du caractère du traité.

Si les parties ont positivement vendu et acheté, on présumera difficilement l'existence du contrat régi par l'article 1590. La somme donnée et reçue paraîtra bien plutôt un à-compte sur le prix, une preuve de la perfectibilité de la vente qu'un arrhe proprement dite. On n'admettra le contraire qui si aucun doute ne s'élevait sur le sens et l'intention de ces remise et réception.

Si l'effet de la vente a été subordonné à une condition, c'est par la nature de celle-ci qu'on résoudra la difficulté. L'article 1590 devrait être appliqué si la condition, soit casuelle soit potestative, était suspensive.

La somme alors donnée et reçue ne peut l'avoir été qu'à titre d'arrhes par la raison, observe fort judicieusement M. Troplong, que la vente étant encore incertaine, et rien n'indiquant si elle se purifiera par l'échéance de la condition, vous n'avez pu entendre payer par anticipation un prix qui peut-être n'aura jamais été dû et acquis.[1]

[1] N° 942.

Cette incertitude conduit donc à ce résultat que ce qui a été donné et reçu avant l'échéance de la condition n'a été dans l'intention commune des parties que la peine du dédit dont on s'est réservé la faculté, précisément parce qu'on en réglait les effets.

197. — La condition résolutoire n'enlève à la vente rien de sa perfectibilité, le contrat existe légalement jusqu'à l'événement qui peut le faire résoudre, on peut donc en prévision de son maintien solder le prix en tout ou en partie, sauf à s'en faire rembourser, le cas échéant. On ne saurait donc exciper de la condition pour soutenir qu'il y a arrhes, plutôt qu'un à-compte.

Mais il n'en est ainsi que lorsque la condition résolutoire est purement casuelle, et elle n'aura pas toujours ce caractère. En commerce, elle peut être potestative, par exemple la vente d'une chose pour un prix déterminé, avec obligation de livrer ou de retirer dans un tel délai, passé lequel la vente sera résiliée. Il est évident que le sort du contrat est laissé à la volonté de la partie. Sa résolution résulte du refus de livraison de la part du vendeur, du défaut de retirement de la part de l'acheteur.

Dans cette hypothèse, plus encore que dans celle d'une vente sous condition suspensive, la somme donnée et reçue au moment du contrat doit être considérée comme l'indemnité conventionnelle due par celui qui par son fait occasionnera la rupture du contrat. Il n'y aura là que des arrhes qui seront perdues ou doublées, suivant que celui qui se dédit les aura données ou reçues.

198. — Dans l'exemple que nous supposons, la condition résolutoire potestative existe en faveur des deux parties. Mais le contrat peut ne la déférer qu'à l'une d'elles, par exemple la vente faite sous condition par l'acheteur d'opérer le retirement dans un délai, sous peine de résiliation. Il est évident, dans ce cas, qu'à l'égard du vendeur la vente est pure et simple. Il ne pourrait donc refuser la livraison qui lui serait demandée dans le délai convenu, en offrant de restituer le double de ce qu'il a reçu. En consentant à la condition résolutoire potestative en faveur de l'acheteur et en omettant de se la réserver, il a renoncé expressément à la réciprocité que la loi attache à la convention d'arrhes pure et simple.[1]

Supposez que le contrat se borne à stipuler que la livraison sera effectuée dans tel délai, à peine de résiliation, les rôles seront changés. La vente, conditionnelle pour le vendeur, sera parfaite et définitive pour l'acheteur. Le premier en sera quitte par la restitution du double de ce qu'il a reçu ; le second ne serait pas délié par la perte de ce qu'il a donné.

199. — La faculté concédée par l'article 1590 peut-elle être exercée dans la vente conditionnelle après que l'événement prévu est venu en assurer la perfection ? On jugera de l'intérêt que présente la solution de cette question par la controverse qui s'est élevée à son sujet.

On sait que la clause résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas

[1] Troplong, n° 143.

où l'une des parties ne remplit pas son engagement. Mais le droit d'en poursuivre les effets est une faculté et non une obligation. Celui qui pourrait s'en prévaloir est toujours libre d'y renoncer et d'opter pour l'exécution du contrat.

Loin de modifier le principe dans son application à la vente des denrées et effets mobiliers, l'article 1657 du Code Napoléon l'a consacré plus formellement encore, en faisant résulter, de plein droit, la résolution du contrat, et sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure, de l'expiration du délai convenu pour le retirement.

Mais, en ne consacrant la résolution que contre l'acheteur, cet article a laissé subsister dans son entier le droit du vendeur. On ne saurait donc lui refuser l'option qui lui appartient et lui contester la faculté de contraindre l'exécution de la vente.

Mais si l'acheteur persiste dans son refus, l'exécution matérielle est impossible, le vendeur n'a plus à demander et à obtenir que des dommages-intérêts représentant la perte qu'il fait et le gain dont il est privé. Or, n'est-ce pas la détermination de ces dommages-intérêts que la convention a faite lorsque des arrhes ont été données et reçues ?

200. — C'est en se plaçant à ce point de vue qu'on a soutenu que le vendeur avait perdu l'option qui lui appartenait, qu'il ne peut, à quelque époque que se réalise l'inexécution, exiger rien autre, ni au-delà des arrhes. La réception des arrhes, a-t-on dit, a modifié le caractère de la vente qu'elle a fait sortir du droit com-

mun. En les recevant et en consentant à les retenir en cas d'inexécution, le vendeur est présumé avoir renoncé à l'accomplissement de la vente, c'est comme s'il avait déclaré que la résolution, avec le gain des arrhes, était ce qu'il préférait. Donc, en lui interdisant tout autre action, on ne fait que lui appliquer la loi qu'il s'est lui-même imposée.

201. — Il semble que ces considérations sont sans réplique, et qu'elles s'induisent du texte et de l'esprit de la loi, cependant M. Troplong les repousse comme inadmissibles. Elles ne reposent, dit-il, que sur une présomption fautive. La réception des arrhes ne peut, sans forcer le sens des actes, être assimilée à une renonciation. Le vendeur a deux droits parallèles que la loi met à sa disposition, il ignore encore celui qu'il choisira, car son élection dépend des circonstances. La baisse ou la hausse imprévue des marchandises pourra seule le déterminer à opter. Est-il présumable dès-lors qu'il ait abandonné d'avance et à l'aveugle ce droit précieux? N'est-il pas plus raisonnable de conclure qu'il n'a accepté les arrhes qu'éventuellement et pour le cas où la résolution de la vente serait pour lui le parti le plus convenable?[1]

202. — M. Troplong s'occupe beaucoup trop du vendeur et pas assez de l'acheteur. Les arrhes, cependant, sont surtout dans l'intérêt de ce dernier, puisque,

[1] N° 145.

déterminant la peine de l'inexécution, elles sont pour lui une garantie que, si son intérêt est d'y recourir, il ne sera jamais tenu au-delà de la somme qu'il a d'avance livrée dans ce but. C'est là d'ailleurs ce qui est textuellement écrit dans l'article 1590.

Ce droit de l'acheteur, le système de M. Troplong le méconnaît et le refuse. Que devient dès-lors l'article 1590, si la faculté de discéder du contrat moyennant la perte des arrhes est subordonnée à la volonté du vendeur ?

Ce qui résulterait de là, c'est que celui-ci, en cas de baisse, ne manquerait pas de réclamer le maintien et l'exécution du marché, et d'obtenir ainsi des dommages-intérêts au-delà des arrhes, c'est-à-dire que l'acheteur serait privé du bénéfice qu'il a entendu se ménager, au moment précisément de l'événement en prévision duquel il l'a stipulé.

203. — Ce système ne serait admissible que si l'article 1590 ne pouvait s'appliquer à la vente comme à la promesse de vente. Aussi M. Troplong l'induit-il de ce que la vente ayant transféré la propriété, cette propriété ne peut faire retour au vendeur que par un nouveau contrat que son refus rend impossible. La vente n'est ébranlée que d'un seul côté, tandis qu'il faudrait un mutuel dissentiment pour l'anéantir.

Nous croyons avoir suffisamment établi que l'article 1590 régissait la vente comme la promesse de vente. Il est impossible, en effet, que la stipulation d'arrhes ne produise pas pour l'une l'effet qu'on lui reconnaît dans

l'autre. Sa raison d'être n'est et ne peut être, dans tous les cas, que la réserve de discéder du contrat, suivant que l'intérêt ou les convenances des parties l'exigeront.

Nous répétons avec M. Faure, si l'intention des parties n'avait pas été de se ménager l'alternative d'exécuter ou de rompre le marché, la stipulation d'arrhes n'avait point d'objet. Comment dès-lors la vente elle-même pourrait-elle échapper à la loi que les contractants se sont volontairement imposée?

Sans doute, la baisse survenant, le vendeur aurait plus d'intérêt à l'exécution du marché qu'à l'acquisition des arrhes. Mais c'était là une éventualité qu'il ne lui était pas difficile de prévoir, il pouvait en répudier la chance en refusant de traiter dans les conditions qui lui étaient proposées. Leur acceptation lui enlève le droit de se plaindre, car le préjudice qu'il alléguerait provient de son propre fait autant que de celui de son adversaire.

204. — D'ailleurs, la loi qu'on lui impose, si elle lui est préjudiciable en cas de baisse, lui sera avantageuse en cas de hausse, puisqu'en doublant les arrhes, il se dispensera de livrer et s'attribuera ainsi le bénéfice d'une nouvelle vente à un prix plus avantageux.

M. Troplong ne pouvait sans inconséquence reconnaître au vendeur le droit de ne pas livrer la chose, aussi le lui refuse-t-il.

Ainsi le contrat est définitif et obligatoire pour tous. Mais alors à quoi bon la stipulation d'arrhes? Elle a eu cependant un objet, elle devait évidemment, dans l'intention des parties, produire un effet quelconque. N'en tenir aucun compte n'est-ce pas substituer contre la vo-

lonté de l'une des parties une convention à celle qui avait été mutuellement acceptée ?

205. — Nous avions dons raison de le dire : l'unique conséquence à tirer de ce qu'il s'est agi d'une vente et non d'une promesse sera de rendre plus difficile l'admission des arrhes. A moins d'une convention expresse, on considérera la somme donnée et reçue comme l'exécution de la vente et le payement partiel du prix.

Mais si cette convention existe ; si elle est reconnue et avouée, l'opération, quelle que soit la qualification qui lui a été donnée, n'est plus, comme le disait M. Grenier, qu'une simple promesse de vente dont l'exécution est laissée à la volonté libre des parties. Chacune d'elles a consenti à subir la volonté de l'autre et déclaré d'avance que la résolution avec le gain des arrhes était ce qu'elle préférait. Elle a donc formellement renoncé à l'option que le droit commun lui conférait, et à la faculté de contraindre l'exécution du contrat, c'est-à-dire la réception ou la livraison matérielle de la chose vendue. Le gain des arrhes est la seule indemnité qu'elle puisse réclamer.

SECTION III.

Des ventes et promesses de ventes conditionnelles.

—

SOMMAIRE.

206. Les ventes et promesses de vente peuvent être conditionnelles. Caractère de la condition.

207. Effets de la condition résolutoire.
208. Effets de la condition suspensive.
209. Les obligations et les droits de l'acheteur passent à ses héritiers et à ses créanciers.
210. Effets de la seconde vente faite par le propriétaire dans l'intervalle de la suspension.
211. Utilité de la condition suspensive dans les ventes commerciales.
212. Caractère de la vente à l'heureuse arrivée du navire porteur de la chose.
213. Importance pour l'acheteur de la désignation du navire.
214. Son intérêt à faire déterminer le délai dans lequel elle aura lieu.
215. Espèce dans laquelle le vendeur s'était engagé à désigner le navire lorsqu'il le connaîtrait. Arrêt de la Cour d'Aix.
216. Conséquences du défaut de désignation du navire dans le délai convenu.
217. Caractère que doit avoir la désignation. Obligations qu'elle impose.
218. Elle peut porter sur un navire non encore chargé, et qui n'est pas dans le port du chargement.
219. Responsabilité du vendeur dans ce dernier cas.
220. Dans quel cas est-il tenu du défaut d'arrivée du navire au temps fixé pour la livraison.
221. Caractère de la conversion du traité en marché ferme, en cas de défaut de désignation ou de désignation tardive ou insuffisante. Conséquences.
222. Le vendeur peut-il contraindre cette conversion si elle a été expressément stipulée au traité ?
223. Doit-on, dans le cas de vente par navire à désigner, entendre que la marchandise doit être importée pour la première fois par ce navire au lieu de destination ?
224. Arrêt de la Cour d'Aix dans ce sens.
225. Effets de l'obligation par le vendeur de notifier les connaissements dans un délai donné.

206. — En matière de ventes et de promesses de vente, les contractants jouissent, quant aux stipulations du contrat, de cette liberté entière et absolue que la loi confère pour les conventions en général. Cette liberté n'a d'autres limites que le respect dû à la loi, que les exigences de l'ordre public, de la morale et des bonnes mœurs. Il ne pouvait venir à l'esprit de personne de méconnaître et de contester ce principe, néanmoins le législateur a voulu qu'il prît place dans ses dispositions.

Aux termes de l'article 1584 du Code Napoléon, la vente peut être faite purement et simplement; sous une condition suspensive ou résolutoire; avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives. Dans tous les cas, son effet est réglé par les principes généraux sur les conventions.

Dans la vente conditionnelle, la détermination du caractère de la condition est d'une haute importance, car son effet différera essentiellement, suivant qu'elle sera résolutoire ou suspensive.

207. — La vente faite sous condition résolutoire est parfaite dès sa conclusion. Elle n'éprouve dans son exécution d'autre retard que celui que la convention stipulerait pour la livraison. Celle-ci réalisée effectivement ou

fictivement, la chose se trouve aux risques de l'acheteur et périt pour son compte.

L'événement de la condition a pour unique effet de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant le marché. Le vendeur perd le droit d'exiger le prix ou le rembourse s'il l'a reçu ; l'acheteur restitue la chose.

De là cette conséquence que, si cette restitution était impossible parce que la chose a péri, la vente produirait tout son effet, malgré que le fait qui devait la résoudre se fût accompli. Le droit qui naît de cet accomplissement est nécessairement subordonné à la possibilité de remettre les parties dans leur position d'avant la vente. Cette possibilité n'existant plus, tout est définitivement acquis et consommé.

208. — La vente sous condition suspensive est, quant à son exécution, subordonnée à l'événement de la condition. Elle est parfaite en ce sens que, dans l'intervalle du contrat à cet événement, les parties demeurent engagées, sans qu'il leur soit permis de discéder du marché. Elles n'en acquerraient la faculté ni par la mort, ni par la faillite.

En pareille occurrence, comme l'observe Cujas; il faut, quant à la capacité des parties, considérer, non pas l'époque de l'échéance de la condition, mais celle de la conclusion du contrat. C'est à ce moment que rétroagit l'événement de la condition, même à l'égard des tiers. La vente purifiée par cet événement, l'acheteur est seul propriétaire de la chose du jour qu'il a traité, aussi la

recevrait-il franche et libre de tous droits dont l'acheteur l'aurait grevée dans l'intervalle.

209. — Les obligations et les droits du vendeur et de l'acheteur passent à leurs héritiers et à la masse de leurs créanciers. Rien ne dispenserait les héritiers de ce dernier du devoir d'exécuter le contrat, de se livrer de la marchandise et d'en payer le prix. Les héritiers du vendeur ne pourraient, de leur côté, refuser de faire la délivrance dans les conditions auxquelles leur auteur aurait dû l'opérer.

La faillite n'est pas une cause de résiliation des marchés en faveur de ceux qui ont traité avec le failli. Le vendeur, obligé de livrer à celui-ci, serait également tenu de le faire en faveur de la masse, sous peine de dommages-intérêts.

Mais dans ce cas les syndics seraient tenus en recevant la chose d'en payer intégralement le prix. Ils ne pourraient faire considérer le vendeur comme un créancier ordinaire ne devant recevoir que le dividende que la liquidation offrira.

Si celui qui a traité et qui est depuis tombé en faillite est le vendeur, l'acheteur pourra exiger la délivrance. Mais la faillite a frappé d'indisponibilité l'actif du failli, et par conséquent créé un obstacle invincible à l'exécution matérielle du marché. Aussi le refus des syndics ne laisserait à l'acheteur d'autre recours que celui de se faire allouer des dommages-intérêts en indemnité de l'inexécution; que de faire ordonner la restitution de ce qu'il pourrait avoir payé en à-compte et en déduction du

prix. Mais il ne serait, à raison de cette restitution comme des dommages-intérêts alloués, que simple créancier chirographaire, soumis à la loi que les autres devraient subir.

La faillite n'est pas sans influence sur les traités sous condition suspensive dont l'événement est encore incertain au moment de la cessation de payements. La partie qui est encore *integri status* a le droit d'exiger que la masse déclare si elle entend maintenir ou non le traité, et en cas d'affirmative de l'obliger à donner caution pour la garantie de son exécution. Si la masse renonce au traité ou refuse la caution, la résiliation immédiate devrait être prononcée.[1]

210. — La vente sous condition suspensive est donc parfaite quant à l'engagement et à l'obligation de l'exécuter, la condition prévue se réalisant. Mais jusque-là elle demeure sans effet. Elle n'a pu notamment transférer la propriété à l'acheteur qui ne l'acquerra peut-être jamais.

Le vendeur pourrait, abusant de sa position, revendre à un tiers la chose qui est encore en sa possession. Le sort de cette seconde vente ne serait pas douteux si, étant pure et simple, elle avait été suivie de tradition. Son bénéficiaire ne pourrait être dépossédé, alors même que l'événement de la condition serait venu purifier la première.

Si, malgré la seconde vente, la chose est encore aux

[1] Notre *Comm. des faill.*, nos 1164 et suiv.

mains du vendeur au jour de cet événement, elle appartient au premier acheteur. L'échéance de la condition lui en a de plein droit transféré la propriété ; et comme cet effet remonte au jour du contrat, la seconde vente aurait été faite *a non domino ;* ou plutôt elle n'aurait eu pour objet qu'un droit résoluble. Son bénéficiaire serait donc repoussé en vertu de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.* Il n'aurait que le droit de se faire allouer contre le vendeur les dommages-intérêts que l'acheteur précédent aurait à réclamer dans le premier cas.

211. — La vente commerciale ne sera que rarement contractée sous condition résolutoire. Les obligations qui en naissent sont peu compatibles avec les usages et les besoins commerciaux, avec l'intérêt réel des parties.

La rentrée des marchandises dans les magasins dont elles sont sorties donnerait lieu à des frais et exposerait à des pertes qu'on aurait évités. D'autre part la nécessité de les conserver, pour les restituer le cas échéant, empêcherait de profiter de la hausse momentanée du cours, et l'échéance de la condition se réalisant en temps de baisse, on rencontrerait une perte au lieu du bénéfice qui s'était offert. Nous le répétons, il n'est ni dans les usages ni dans l'intérêt du commerce de courir une pareille chance.

La condition suspensive, au contraire, est un des auxiliaires les plus énergiques du commerce. Elle permet une foule d'opérations impossibles sans son secours. Quel est, en effet, le commerçant qui oserait vendre une chose qui n'est pas encore en sa possession, qui n'y arrivera peut-

être jamais, s'il lui était interdit de se ménager le moyen de s'affranchir de tous dommages-intérêts en cas qu'il ne puisse tenir son engagement.

On sait par exemple les dangers sans nombre que courent les marchandises qu'il faut aller chercher au-delà des mers. Leur arrivée est toujours incertaine, et si l'importateur était obligé de l'attendre pour en disposer, combien de fois ne rencontrerait-il pas une perte au lieu du profit qu'il eût réalisé en vendant dans l'intervalle ?

Un pareil résultat, tendant à restreindre les spéculations dans un cercle étroit et limitant l'essor du commerce, était un danger pour l'État lui-même ; l'intérêt public s'unissait donc à l'intérêt privé pour en faire repousser toute possibilité.

212. — De là l'usage général, dans la vente des choses actuellement en mer ou destinées à la traverser, d'en subordonner l'effet à leur heureuse arrivée au lieu où doit se faire la livraison.

Le calcul des probabilités faisant espérer l'accomplissement du voyage à telle époque, le vendeur s'engage à livrer dans un délai convenu, mais ce délai n'est obligatoire qu'en cas d'arrivée avant son expiration, aussi sa détermination est indiquée comme donnant à l'acheteur le droit soit de résilier le contrat, soit de proroger une ou plusieurs fois le marché.

213. — La clause de délivrance à l'heureuse arrivée des marchandises vendues protége donc de tous points

l'intérêt du vendeur, mais celui de l'acheteur exigeait une autre condition.

En acceptant un marché dans ces termes, il consent à courir les chances de la navigation. Mais il n'a jamais entendu laisser le vendeur libre de l'annuler à son gré, soit en n'embarquant rien, soit en dissimulant l'arrivée de la chose vendue, si l'état du marché lui offre l'occasion de la vendre plus cher. Il n'était donc pas possible qu'on se déterminât à acheter avec la certitude d'être obligé de se livrer en cas de baisse, sans s'être assuré de la chance de profiter de la hausse.

La désignation du navire à bord duquel se trouve ou se trouvera la chose vendue obvie à cet inconvénient et prévient toute fraude. Elle entraîne, en effet, pour le vendeur, l'obligation de prouver que le navire indiqué avait été chargé, ou l'a été en temps utile. L'entrée au port de destination, par la publicité qu'elle reçoit, ne laisse d'autre part aucune place à la dissimulation.

La désignation du navire qui porte ou qui portera la chose vendue est donc le correctif indispensable de la faculté que la conditionnalité de la vente assure au vendeur ; elle place les parties dans cette position d'égalité d'obligation et de droits que le contrat a pour but d'établir ; elle assure sa loyale exécution. Elle est donc de la plus haute importance pour l'acheteur.

214. — Toutefois, elle n'est pas toujours possible au moment du contrat. Le vendeur peut être encore à cette époque dans l'ignorance si l'ordre d'expédier a été accompli ; sur le nom et la qualité du navire que son cor-

respondant a affrété. Il peut donc se réserver la faculté de le désigner ultérieurement.

L'acheteur ne saurait vouloir l'impossible. Ce qu'il y a à exiger en pareille occurence, c'est de déterminer le délai dans lequel cette désignation devra avoir lieu, faute de quoi le droit du vendeur se prolongerait jusqu'au moment fixé pour l'arrivée elle-même. Il a été, en effet, jugé que dans le silence de la convention, les tribunaux ne pouvaient fixer un délai quelconque pour la désignation du navire, c'est ce que la Cour d'Aix, notamment, décidait le 25 janvier 1840.

215. — Dans l'espèce, 12000 kil. girofles venant de Bourbon avaient été vendus, livrables fin juin, si, comme on le présumait, ils étaient arrivés à cette époque ; à défaut, l'acheteur avait le droit de proroger une ou plusieurs fois le marché ou de le résilier ; le vendeur s'était obligé de désigner le navire porteur de la marchandise, *dès qu'il en aurait connaissance.*

Le marché prorogé une première fois jusqu'à fin juillet, l'avait été une seconde fois jusqu'à fin août, mais sans que le navire fût arrivé, sans même qu'à cette dernière époque il en eût été désigné aucun.

L'acheteur ajourne alors le vendeur devant le tribunal de commerce de Marseille, il demande au principal à ce qu'il soit condamné à livrer immédiatement les girofles vendus, ou à payer la différence entre le cours convenu et celui de la place au 31 août ; subsidiairement, il conclut à ce que dans les vingt-quatre heures du jugement à intervenir, il soit tenu de faire la désignation du na-

vire, faute de quoi le marché sera réputé ferme et recevra son entière exécution.

Le vendeur oppose à toutes ces demandes les termes du traité, n'accordant que l'alternative de résilier ou de proroger, et l'autorisant à ne désigner le navire que lorsqu'il en aura connaissance, laissant par conséquent son obligation, quant à ce, indéfinie et sans aucun terme précis.

Le défaut de désignation au 31 août, c'est-à-dire deux mois après l'époque qui avait été considérée comme celle de l'arrivée dans le port de Marseille, était véritablement incompréhensible. Que les hasards et les chances de la navigation expliquassent la prolongation du voyage, on le conçoit; mais comment admettre, si les girofles avaient été chargés et expédiés, que leur propriétaire ou destinataire n'eût pas été avisé du nom du navire à bord duquel ils avaient été embarqués.

On pouvait donc, en admettant comme certaine l'ignorance alléguée, en conclure sans trop de témérité que la marchandise ayant été constamment en hausse on s'était arrangé pour amener naturellement la résiliation du marché, soit qu'on n'eût jamais rien chargé, soit qu'on voulût laisser ignorer l'arrivée à Marseille de ce qui l'avait été, pour se ménager le moyen d'en tirer plus de profit.

La justice pouvait considérer la conduite du vendeur comme une inexécution volontaire du contrat et adjuger les fins principales, mais celles-ci écartées, pouvait-on faire droit à la demande subsidiaire?

Le tribunal de commerce s'était prononcé pour l'affirmative, voici par quels motifs :

« Attendu qu'il faut distinguer l'époque désignée pour l'arrivée de la marchandise, de l'obligation prise par le vendeur de donner le nom du navire sur lequel elle aurait été chargée ; que s'il est évident, en effet, par la faculté de proroger qui a été laissée à l'acheteur, que le vendeur, ne voulant pas prendre à sa charge les éventualités de la navigation, n'a pas entendu que l'époque de fin juin fût le terme fatal pour l'arrivée des marchandises, il ne saurait en être de même de l'obligation de désigner le navire ;

« Que bien qu'aucune époque précise n'ait été déterminée, néanmoins on ne peut admettre que l'intention commune des parties ait été de laisser au vendeur la faculté d'ajourner indéfiniment cette désignation sur la simple déclaration qu'il n'en a pas connaissance ;

« Qu'une pareille interprétation rendrait sans efficacité la faculté de proroger l'époque de la livraison accordée à l'acheteur, puisque ces prorogations n'auraient aucun terme certain et déterminé, puisqu'il dépendrait du vendeur d'ajourner indéfiniment son exécution. »

Cette appréciation était éminemment équitable. Mais était-elle possible en présence des termes si formels du traité ? Les conventions légalement formées deviennent la loi non-seulement des parties, mais encore des tribunaux qui ne peuvent ni les changer, ni les modifier. Or, dans l'espèce, le vendeur ne s'était obligé à désigner le navire que lorsqu'il le connaîtrait. Lui imposer l'obligation de faire cette désignation dans un délai précis, c'était lui enlever le bénéfice de la condition sur la foi de laquelle il avait traité, et substituer contre son

gré une convention nouvelle à celle qu'il avait souscrite.

Celle-ci offrait bien les inconvénients signalés par le tribunal, mais l'acheteur s'en apercevait beaucoup trop tard ; c'est au moment du traité qu'il aurait dû s'en préoccuper, et refuser d'en courir la chance. De quoi pouvait-il se plaindre, puisqu'il avait volontairement accepté cette chance, *volenti non fit injuria*.

Aussi, la Cour d'Aix, investie de la connaissance du litige, déclare-t-elle que mal à propos le tribunal a voulu donner à la convention un effet autre que celui qu'elle comportait, en lui appliquant les règles générales du droit commun sur l'interprétation des ventes en matière civile ; en conséquence, elle réforme le jugement.[1]

216. — Le bénéfice de la désignation du navire est donc attaché à la détermination du délai dans lequel elle devra avoir lieu. L'acheteur, s'il ne veut pas s'abandonner à la discrétion du vendeur, doit insister et obtenir cette détermination.

L'obligation du vendeur de faire la désignation dans le délai convenu est absolue et de rigueur. Son inexécution convertirait la vente conditionnelle en marché ferme, et donnerait à l'acheteur le droit, en cas de baisse, de la faire résilier purement et simplement ; en cas de hausse, d'exiger la livraison actuelle et immédiate, ou le payement de la différence entre le prix du marché et le cours du jour où devrait se faire la livraison.[2]

[1] *J. D. P.*, 2, 1840, 258.

[2] Aix, 17 mai et 10 juin 1846. *J. de Marseille*, t. 26, 1, 158 et suiv.

217. — Le vendeur aurait pu, pour échapper à cette conséquence, désigner, à la veille de l'expiration du délai, un navire quelconque et paraître ainsi avoir rempli son engagement. Mais cet abus était trop facile pour qu'on ne s'en préoccupât pas, et les effets que la jurisprudence a déduit de la désignation l'ont rendu impossible.

Ainsi, en cas de non-arrivée du navire indiqué, le vendeur est tenu, s'il en est requis, de justifier qu'il avait réellement reçu à bord les choses vendues; que le chargement a été fait assez à temps pour que le navire pût arriver au temps voulu.

A défaut de ces justifications, la désignation n'aurait été ni sérieuse ni utile. Le vendeur n'aurait donc pas rempli son obligation. De même que dans le cas du défaut absolu de désignation dans le délai convenu, l'acheteur serait recevable et fondé à exiger l'exécution immédiate de la vente, ou sa résiliation avec dommages-intérêts.

218. — Du principe que le chargement fait à une époque où le navire qui l'a reçu avait le temps d'accomplir le voyage rend la désignation régulière et valable, il suit qu'il n'est pas nécessaire qu'au moment où elle est faite, le chargement soit opéré ou commencé, ni même que le navire indiqué soit dans le port où se trouve la marchandise.

Dans une espèce jugée par la Cour d'Aix, des souffres avaient été vendus et devaient être transportés de la Sicile à Marseille. Avant l'expiration du délai convenu, le vendeur avait désigné le navire qui devait en opérer le

transport; mais ce navire étant encore dans le port de marseille, l'acheteur soutenait que la désignation devait être réputée non-avenue et demandait la résiliation du trrité, avec dommages-intérêts.

Le tribunal de commerce de Marseille, et, sur l'appel, la Cour d'Aix rejettent sa prétention, attendu que le navire avait le temps de se rendre en Sicile, d'y charger les souffres et de retourner à Marseille dans le cours du délai convenu pour la livraison.[1]

219. — Il était impossible d'admette le contraire, sans prohiber dans certains cas la vente à livrer par navire désigné. Il est des pays où, dans certaines saisons surtout, le fret est tellement rare, que le vendeur obligé de désigner le navire porteur de la chose vendue s'exposerait à ne le faire que longtemps après l'expiration du délai convenu, s'il attendait l'avis de l'affrétement à faire par son correspondant.

On ne saurait rationnellement ni légalement lui prohiber de se précautionner contre cette éventualité, en se procurant d'avance le moyen d'exécuter en temps voulu la livraison promise.

De quoi se plaindrait l'acheteur? Dans ce cas le chargement doit, comme dans tous les autres, être fait assez à temps pour que le voyage s'accomplisse avant l'expiration du délai fixé pour la livraison. Cela suffit pour couvrir et protéger son intérêt. Pourquoi exigerait-il autre chose.

[1] 13 mai 1836. *J. de Marseille*, t. 16, 1, 239.

Le vendeur peut donc valablement désigner, soit le navire qu'il enverra sur lest prendre la chose vendue, soit un navire qui, déjà en voyage, doit faire échelle au lieu du chargement et qu'il a affrété pour le retour.

Mais ici se présente une difficulté. Quelque soit le navire désigné, le chargement, nous venons de le dire, doit être fait en temps utile. La désignation du navire qui devait aller l'opérer offrait toute possibilité à ce sujet, mais sa navigation n'a pas été heureuse, il n'a pu atteindre le port de chargement, ou il n'y est arrivé que trop tard pour qu'il pût opérer son retour en temps prescrit. Devra-t-on, pourra-t-on résilier le marché avec dommages-intérêts contre le vendeur?

Le tribunal de commerce de Marseille nous paraît avoir nettement tracé la règle à suivre en ce cas, dans un jugement du 14 juin 1860. Nous en transcrivons donc les motifs, qui font connaître les faits du procès et sa solution.

« Attendu que les sieurs Caillol et Comp. ont vendu aux sieurs Pappudof, le 15 octobre dernier, mille quintaux métriques arachides de la côte occidentale d'Afrique, à livrer d'un ou de plusieurs navires à désigner du 1er janvier à fin février, et dont l'arrivée a été fixée du jour de la désignation à fin juin courant;

« Attendu que les sieurs Caillol ont désigné, le 9 février dernier, le navire *Louis-Aimé*;

« Attendu que les sieurs Caillol, d'après les renseignements fournis par eux-mêmes, avaient affrété ce navire à Gênes pour porter un chargement à Cayenne, en recevoir un autre pour Sierra-Leone où il devait prendre les arachides vendues;

« Attendu que le *Louis-Aimé* est arrivé à Cayenne le 14 janvier; qu'il a éprouvé dans ce port un échouement à la suite duquel il a été déclaré innavigable;

« Attendu que la condamnation du navire a été dénoncée à l'acheteur;

« Attendu que celui-ci a formé une demande en résiliation, avec dommages-intérêts, de la vente des mille quintaux que devait apporter le *Louis-Aimé*, en raison de ce que l'innavigabilité de ce navire ne serait point survenue dans des conditions qui mettent cet événement à ses risques;

« Attendu que le vendeur est obligé de se placer, au point de vue du marché qu'il a fait, dans l'une de ces deux hypothèses, que le point de départ du navire pour aller prendre les graines à Sierra-Leone était Cayenne, ou bien Gênes;

« Attendu que dans l'hypothèse où Cayenne serait le point de départ, le vendeur n'aurait pas pu y affecter au transport des arachides un navire déjà innavigable; que ce cas serait différent de celui où le vendeur désignerait un navire se rendant au lieu de charge ou parti pour le port de destination, et qui, à son insu, aurait péri au moment de la désignation; que le navire doit être en bon état de navigabilité au moment où il est affecté à l'opération à réaliser, parce que cette affectation suppose une action du vendeur soit directe, soit par mandataire;

« Que si le navire était affrété à l'avance et que le vendeur voulût s'exonérer de toute garantie relativement à l'état de son navire au commencement du voyage, ce

serait un cas exceptionnel qu'il aurait fallu préciser dans le traité de vente;

« Attendu que dans la seconde hypothèse Cayenne n'a été qu'un lieu de relâche du navire dans son voyage d'aller au lieu de charge;

« Attendu qu'il a été jugé que les risques de ce voyage rentrent dans l'accomplissement de la condition à laquelle est subordonné le marché lorsque, ainsi que dans l'espèce, il n'y a pas possibilité de se procurer des navires au lieu de charge;

« Attendu que ce voyage d'aller au lieu de charge, faisant partie de l'accomplissement de la condition, doit être soumis à des règles analogues à celles qui régissent le voyage du lieu de charge au port de destination; que dans l'un et l'autre, la condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût; que dans un marché tel que celui dont il s'agit, les parties ont dû entendre ou que le navire serait pris sur le lieu, ou, en cas d'impossibilité, qu'il s'y rendrait le plus directement; que l'acheteur n'a pu entendre accepter que les risques inévitables pour la réalisation de l'opération;

« Attendu que ce n'est pas de cette manière que s'est fait le voyage d'aller de Gênes à Sierra-Leone; que Cayenne n'est pas un lieu d'échelle dans un pareil voyage; que le navire a dérouté sans nécessité et que les risques ont été aggravés; que l'acheteur est donc fondé dans son action;[1] »

[1] *J. de Marseille*, t. 38, 1, 174.

On ne peut que rendre hommage au caractère rationnel et juridique de ces considérations, et accepter comme règle de la matière la solution à laquelle elles aboutissent.

On doit distinguer en cas de désignation d'un navire chargé d'aller prendre la chose vendue et de l'apporter au lieu du marché. Les risques de la navigation du voyage d'aller, comme ceux du retour, sont à la charge de l'acheteur, s'il les a conventionnellement acceptés. Cette acceptation n'a pas besoin d'être expresse, elle résulterait de ce que en désignant le navire le vendeur aurait déclaré l'avoir affrété ailleurs qu'au lieu de charge. Si l'acheteur n'a pas protesté contre ce qu'il prétendrait être une violation des accords, il s'est rendu non-recevable à vouloir plus tard s'exonérer des risques du voyage d'aller. Un arrêt de la Cour de Paris, du 23 novembre 1854, le décidait ainsi dans une espèce où la marchandise devant être chargée à Adra, le vendeur avait désigné un navire qu'il indiquait avoir affrété à Nantes.[1]

A défaut de convention expresse ou tacite, les risques du voyage d'aller ne concernent l'acheteur qu'à la condition :

1° Qu'il fût, ou tout au moins qu'on pût croire impossible ou fort difficile de se procurer un navire sur le lieu du chargement. L'opinion commune à cet égard ne saurait être niée ou méconnue. Celui-là donc qui achète une chose à importer d'un pays pour lequel existe cette impossibilité ou cette difficulté, sait très bien qu'on enverra un navire pour la prendre, il est dès-lors présumé

[1] *J. de Marseille*, t. 32, 2, 146.

l'avoir autorisé, et consenti à subordonner le sort de la vente à la réussite du voyage d'aller comme de celui de retour;

2° Que le navire à envoyer ou déjà en route se rende directement du lieu d'où il partira, ou d'où il est parti, au port de charge. S'il ne doit s'y diriger qu'après un voyage intermédiaire, ce voyage s'accomplit aux périls et risques du vendeur. Il n'aura satisfait légalement à son obligation que si le navire, son voyage intermédiaire terminé, est en état de sortir et est en effet sorti pour gagner le port de charge. La perte survenue depuis annulerait le marché, celle réalisée avant constituerait son inexécution et autoriserait une allocation de dommages-intérêts;

3° Enfin, et dans tous les cas, que le navire, calcul fait des chances ordinaires de la navigation, pût aller charger et revenir avant l'expiration du délai convenu pour l'arrivée et la livraison de la chose vendue.

Cette dernière condition est surtout de rigueur, il ne pouvait pas être en effet que, suivant ses convenances ou son intérêt, le vendeur pût annuler le marché, et c'est ce qu'il ferait pourtant s'il lui était permis de désigner un navire placé dans des conditions telles qu'il lui était matériellement impossible d'accomplir le voyage dans le délai fixé pour son arrivée.

Vainement dirait-il que la faculté de proroger rendait le retard indifférent. Cette prorogation, répondrait avec raison l'acheteur, amènera l'échéance du marché en temps de baisse peut-être, et remplacera ainsi par une perte le bénéfice qui m'était acquis si le navire, pouvant

arriver, était arrivé. Vous n'aviez ni le pouvoir ni le droit de m'imposer une pareille chance.

On ne peut se dissimuler la gravité et la force juridique de cette réponse. On ne pourrait donc hésiter, la résiliation avec dommages-intérêts réclamée par l'acheteur devrait être et serait infailliblement accueillie.

Il en serait ainsi alors que dans le délai qu'il s'est réservé le vendeur, modifiant la désignation déjà faite, en aurait proposé une nouvelle. Celle-ci ne serait valable et obligatoire pour l'acheteur que s'il déclarait l'accepter, à défaut elle resterait nulle et de nul effet, elle n'aurait pu faire revivre un marché que l'insuffisance de la première avait de droit résilié en faveur de l'acheteur.

Telle est la jurisprudence du tribunal de commerce de Marseille, qui la consacrait de nouveau le 26 mars 1858, en jugeant que dans les ventes à livrer par navire à désigner, la désignation du navire porteur de la marchandise est irrévocablement acquise à l'acheteur dès qu'elle a été portée à sa connaissance et acceptée par lui ; que le vendeur n'a plus le droit de la modifier quand même il se trouverait encore dans le délai fixé pour cette désignation.[1]

220. — La désignation régulièrement et valablement faite a pour effet d'individualiser la chose vendue ; le vendeur ne peut offrir et l'acheteur exiger que la marchandise qui se trouve à bord du navire désigné.

Mais le marché n'est définitivement acquis en faveur

[1] *J. de Marseille*, t. 36, 1, 122.

et contre personne que par l'arrivée du navire au jour convenu pour la livraison. A défaut, le marché se trouverait résilié sans indemnité de part ni d'autre, à moins que l'acheteur, s'étant réservé la faculté de proroger, use du droit que cette réserve lui confère.

Cette clause, en conférant l'option à l'acheteur, semblerait exiger qu'il fît connaître sa volonté, et qu'on devrait considérer son silence comme équivalant à résiliation. Mais l'usage de la place de Marseille, attesté par le tribunal de commerce, est contraire, on considère le marché comme maintenu, tant que l'acheteur n'a pas déclaré vouloir s'en départir.

Par application, ce tribunal jugeait, le 14 mai 1860, que quand une marchandise a été vendue pour être livrée dans un délai déterminé, à l'heureuse arrivée d'un navire désigné, avec faculté pour l'acheteur d'annuler ou de proroger le marché si le navire n'était pas arrivé à l'époque fixée, le silence de l'acheteur équivaut à prorogation ; qu'il en est ainsi alors même que l'acheteur aurait commencé par déclarer qu'il prorogeait le marché pour un certain temps, et aurait ensuite omis de renouveler la prorogation; que cette omission ne donne pas au vendeur le droit de considérer la vente comme annulée.[1]

C'est qu'en effet on ne se trouve pas dans l'hypothèse pour laquelle l'article 1176 du Code Napoléon déclare la condition défaillie par cela seul que l'événement auquel le contrat a été subordonné n'est pas arrivé dans le

[1] *Ibid.*, t. 38, 1, 144.

temps convenu. Dans notre hypothèse, la non-arrivée du navire n'est que l'occasion pour le vendeur de discéder du marché. Il faut donc qu'à son tour cette condition, acceptée par le vendeur, soit remplie, et elle ne sera réellement défaillie que par la répudiation expresse de la faculté de proroger qu'elle renferme.

La vente à l'heureuse arrivée d'un navire désigné ou à désigner n'est pas toujours faite dans ces conditions. Rien n'empêche le vendeur de garantir l'arrivée du navire, et de s'obliger à livrer réellement au jour fixé pour cette arrivée. L'absence de la réserve, pour l'acheteur, d'annuler ou de proroger, ferait présumer ce caractère.

Le défaut d'arrivée du navire, dans ce cas, donnerait lieu à la résiliation avec dommages-intérêts. Leur consistance ne saurait être douteuse, ils seront de la différence entre le prix du marché et le cours au jour de son inexécution.

Mais la difficulté résidera dans la détermination de ce jour: sera-ce celui fixé pour l'arrivée? Devra-t-on le reporter au moment où la désignation devait être faite?

L'intérêt de la solution est facilement saisissable, la marchandise, en hausse à cette dernière époque, peut être en baisse à la première, et le vendeur qui aurait à être indemnisé dans un cas, n'aura rien à prétendre dans l'autre.

Nous proposons encore comme juridique, rationnelle et équitable la solution que le tribunal de commerce de Marseille consacrait dans un jugement du 20 février 1860.

« Dans le cas d'une vente à livrer par navire à dési-

gner, s'il a été fait en temps utile une désignation régulière et sérieuse, mais que par suite de circonstances indépendantes de la volonté du vendeur, le navire n'arrive pas dans le délai fixé, les dommages-intérêts à allouer, comme conséquence de la résiliation demandée par l'acheteur, doivent être calculés d'après le cours du jour où l'arrivée aurait dû se réaliser, et non d'après le cours de la désignation. »[1]

C'est qu'en effet, dans notre hypothèse, le vendeur s'est imposé deux obligations : la première, de désigner un navire qui aura chargé ou qui chargera en temps utile pour accomplir le voyage dans le délai convenu ; la seconde, de faire arriver le navire avant l'expiration de ce délai. L'exécution loyale et fidèle de la première a purifié le contrat que l'inexécution de la seconde fera résoudre. Mais le défaut d'arrivée empêchera-t-il que jusque-là le devoir imposé au vendeur ait été rempli ? Pourrait-on raisonnablement prétendre qu'il ne l'a pas été ?

Dès-lors, il n'y a plus qu'une chose à faire, mettre les parties dans la position que leur aurait faite l'heureuse arrivée, et par conséquent n'accorder, à titre de dommages-intérêts, que la différence entre le prix du marché et le cours du jour où l'arrivée aurait dû se réaliser.

Nous venons de dire que la non-arrivée du navire qui, dans la vente avec faculté de proroger, donnerait lieu à la résiliation, exonérerait le vendeur de tous dommages-intérêts, mais cela n'est absolument vrai que si le défaut

[1] *Ibid*, t. 38, 1, 46.

d'arrivée est le résultat unique des chances de la navigation

Consentir à courir ces chances, ce n'est pas conférer le pouvoir et la faculté de les aggraver. Tout acte personnel au vendeur qui serait arrivé à ce résultat l'obligerait à répondre des conséquences de l'inexécution du marché, nonobstant la réserve du droit de le proroger, faite en faveur de l'acheteur.

Or, pour que le défaut de livraison au temps fixé ne motive pas la résiliation avec dommages-intérêts, il faud d'abord que le vendeur justifie avoir pris toutes les mesures nécessaires pour que le chargement vendu pût arriver et être livré dans le temps convenu. Aussi, et par arrêt du 30 mai 1855, la Cour d'Aix jugeait-elle qu'à défaut de cette justification, la résiliation demandée par l'acheteur devait être prononcée avec dommages-intérêts.[1]

Le tribunal de commerce de Marseille a eu plusieurs fois l'occasion d'appliquer cette règle, et n'a pas manqué de l'appliquer. Une dernière fois il jugeait, le 12 juillet 1860, que dans le cas d'une vente à livrer par navire désigné, si la marchandise vendue a été débarquée en cours de voyage, et n'a pu parvenir à destination, non par un événement fortuit de navigation, mais par un fait imputable à la compagnie chargée du transport, il n'y a pas lieu à résolution pure et simple du marché; que le vendeur est au contraire tenu à des dommages-intérêts au profit de l'acheteur, pour défaut de livraison.[2]

[1] *Ibid*, t. 33, 1, 209.
[2] *Ibid*, t. 38, 1, 326.

Il y a donc, entre le tribunal de commerce de Marseille et la Cour d'Aix, accord sur le principe, mais non sur ses conséquences. Ainsi, dans l'espèce de l'arrêt du 30 mars 1855, le tribunal avait accordé à titre de dommages-intérêts la différence entre le prix convenu et le cours le plus élevé depuis le jour auquel le traité fixait la livraison. Il persistait dans cette jurisprudence le 24 novembre 1858.[1]

Mais la Cour, se fondant sur ce que le traité avait été prorogé, déclarait qu'on ne pouvait allouer que la différence du cours à l'échéance de la prorogation.

Nous en demandons pardon à la Cour. Son appréciation nous paraît moins rationnelle, moins juridique que celle du tribunal de Marseille.

Le vendeur, qui par son fait a empêché l'arrivée du navire au jour fixé pour la livraison, a commis une fraude, tout au moins une faute dont il est juste qu'il soit puni. Or, dans notre hypothèse, la seule réparation équitable est celle qui placera les parties dans la position que leur aurait faite l'heureuse arrivée. Évidemment si l'acheteur avait reçu alors, il aurait profité du cours le plus élevé pour revendre. Son bénéfice se fut donc composé de la différence entre ce cours et le prix du traité. En allouant celle-ci, le tribunal fait donc en droit une exacte et saine application des principes.

La prorogation du traité a-t-elle pu modifier le droit de l'acheteur? On ne peut se prononcer pour l'affirmative sans méconnaître le caractère de cet acte, sans lui

[1] *Ibid*, t. 37, 1, 23.

attribuer un effet que la loi elle-même refuse. Il n'y a pas de consentement valable, dit l'article 1109 du Code Napoléon, si le consentement n'a été donné que par erreur.

Or, est-il possible de nier celle de l'acheteur qui, croyant à un événement fortuit, a consenti à proroger le marché ; aurait-il consenti à le faire s'il eût connu la vérité et su que la non-arrivée du navire était le fait personnel du vendeur.

On devait donc d'autant moins hésiter à le relever de son consentement, que la fausse croyance qui l'a jeté dans l'erreur sera le plus souvent le résultat des allégations mensongères, tout au moins des réticences intéressées du vendeur. Ce sont pourtant ces manœuvres qu'on encouragerait si, comme le fait la Cour d'Aix, on consacrait les effets de la prorogation.

L'heureuse arrivée du navire désigné au temps voulu purifie le contrat et en rend l'exécution obligatoire. Les difficultés que cette exécution peut faire surgir se règlent par les effets qui s'induisent du caractère et de la nature de la convention.

Or, en matière de vente à livrer à l'heureuse arrivée d'un navire désigné, l'obligation du vendeur se borne à charger à bord du navire la marchandise vendue dans la qualité et la quantité convenues ; tous les événements qui affectent la marchandise, postérieurement à sa mise à bord, sont à la charge de l'acheteur, non en ce sens que la perte totale ou partielle soit à sa charge. La première annulerait le contrat, la seconde ne produirait cet effet

que pour la chose perdue, mais l'excédant resterait pour le compte de l'acheteur et devrait être reçu par lui.

L'avarie équivaut à la perte lorsqu'elle atteint à une certaine gravité. Elle produirait donc l'effet de celle-ci, suivant qu'elle atteindrait la totalité ou une partie du chargement.

La diminution que celui-ci subit de la perte ou de l'avarie partielle n'offrirait aucune difficulté dans le cas d'un acheteur unique pour la totalité.

Mais si divers marchés ont été conclus, comment se règlera le déficit? Qui devra le supporter?

On soutenait devant le tribunal de Marseille que ce déficit devait se répartir proportionnellement entre les divers acheteurs. Mais, répond avec raison le tribunal, un négociant qui fait une première vente de marchandises à prendre sur une cargaison plus considérable contracte un engagement qui n'a d'autres limites que celles résultant des accords et des fortunes de mer.

Mais lorsqu'il consent une seconde vente, ce second engagement est limité, en outre, par le premier, et les obligations nées des ventes subséquentes doivent aussi laisser place à l'exécution des ventes antérieures.

La conclusion est que les ventes faites à divers de marchandises à livrer d'un navire désigné doivent sortir à effet suivant leur ordre de dates, ce qui exclut toute répartition, entre les acheteurs, du déficit par suite d'avarie.

En conséquence le vendeur, qui ayant livré aux derniers acheteurs ne peut remplir ses obligations à l'égard des premiers, doit être condamné en faveur de ceux-ci à

leur payer la différence entre le prix convenu et le cours actuel, sur tout le manquant.[1]

221. — La conversion du traité en marché ferme, ou sa résiliation à défaut de désignation du navire, ou en cas de désignation insuffisante ou tardive, est exclusivement en faveur de l'acheteur, qui peut opter pour l'une ou pour l'autre, selon ses convenances ou son intérêt. Cette faculté est la sanction de l'engagement pris par le vendeur, et la peine de son inexécution.

L'usage que l'acheteur fera de cette faculté est facile à prévoir, il poursuivra infailliblement la résiliation du marché en cas de baisse, son exécution en cas de hausse, sans que le vendeur puisse faire maintenir le marché dans le premier cas, ou le résilier dans le second. Ce résultat n'a rien d'exorbitant, puisqu'il dépendait de lui de le prévenir en remplissant les engagements qu'il a volontairement contractés, aussi sa consécration n'a soulevé aucune contradiction en doctrine et en jurisprudence.

222. — En serait-il autrement si, par une clause expresse du traité, les parties avaient déclaré que, faute de désignation dans le délai convenu, ce traité deviendrait marché ferme? Le bénéfice de cette clause pourrait-il profiter au vendeur et être invoqué par lui à l'effet de repousser la résolution poursuivie par l'acheteur?

Consulté à ce sujet, nous n'avons pas hésité à répondre

[1] *Ibid.*, t. 38, 1, 155 et 157.

négativement. Il nous a paru impossible de se prononcer en sens contraire.

En effet, on ne saurait voir dans la clause du traité que l'expression conventionnelle de la clause pénale que la jurisprudence sous-entend dans les conventions de ce genre. Or, exprimer cette pénalité, ce n'est pas en changer ni en modifier le caractère, elle n'en reste pas moins dirigée contre le vendeur seul, puisque son événement dépend uniquement de son fait.

Ce caractère, à notre avis, justifie notre doctrine. Peut-on, en effet, admettre qu'une pénalité puisse être invoquée par celui contre qui elle est éventuellement stipulée? Peut-on se faire un titre à soi-même de la violation d'un devoir et faire ainsi à son gré un profit de ce qui était et devait être une peine.

Il faut donc interpréter le contrat par l'intention commune des parties. Or, celle du vendeur ne saurait être douteuse, il n'a jamais pu croire qu'il pourrait impunément se soustraire à l'obligation de désigner un navire, ni surtout qu'il trouverait un avantage à s'y soustraire.

Comment admettre, d'autre part, que l'acheteur ait voulu autoriser l'absence de cette désignation dont il faisait la condition du traité? Est-il présumable qu'il ait ainsi renoncé à l'avantage que pouvait lui offrir l'éventualité du défaut d'arrivée du navire dans le délai stipulé.

Dans ce cas, la vente serait résiliée si le marché était en baisse, ce qui empêcherait évidemment toute prorogation. Est-ce la rénonciation à cette chance qu'il consentait lorsqu'il exigeait la désignation du navire? On ferait

donc résulter l'aliénation du droit, du fait qui ne peut s'expliquer que par le désir et la volonté de l'acquérir.

Objectera-t-on que le maintien de la vente, désavantageux à l'acheteur en cas de baisse, nuira au vendeur en cas de hausse, et que cette réciprocité rétablit l'équilibre entre les parties. Cet argument n'aurait de valeur que si le maintien de la vente ne pouvait être acquis qu'avec le concours du vendeur. Or, le contraire résulte invinciblement de l'option laissée à l'acheteur. En cas de hausse, il exigera l'exécution du marché. Ce ne peut donc être pour que le vendeur y consente qu'il aurait renoncé au droit de faire résilier en cas de baisse.

Ainsi le défaut d'arrivée du navire, profitable à l'acheteur en cas de baisse, ne saurait lui nuire en cas de hausse. La désignation est donc uniquement dans son intérêt. Elle n'est pour le vendeur qu'une obligation dont l'observation le mettra à couvert des conséquences qui pourraient résulter du droit que l'acheteur puiserait dans l'inexécution. Il est donc impossible que cette inexécution lui fasse dans aucun cas non-seulement atteindre à ce résultat, mais encore trouver l'occasion de réaliser un profit.

La doctrine qui autoriserait une telle conséquence ne serait qu'un appel, qu'un encouragement à la déloyauté et à la mauvaise foi, et le vendeur, n'ayant à suivre que son intérêt personnel, ferait ou non la désignation, suivant que cet intérêt exigerait que le traité devînt ou non marché ferme.

Cette doctrine doit encore être repoussée à un autre point de vue. Le vendeur ne vend jamais que la mar-

chandise qui sera à bord du navire désigné. Le défaut de désignation enlève donc au contrat une de ses conditions essentielles, l'existence d'une chose faisant la matière de la vente.

Dans les marchés de cette nature, disait la Cour d'Aix dans un arrêt du 17 mai 1847, la condition de désigner dans un délai convenu le navire qui sera porteur de la marchandise vendue est dans l'intention commune des parties, comme dans ses résultats, substantielle de la vente, puisqu'elle fixe l'acheteur sur l'étendue des chances qu'il consent à courir, et spécialise la chose vendue.[1]

Donc le défaut de désignation fera que la vente n'aura jamais reçu son complément légal, qu'elle n'a pas dès-lors régulièrement existé; qu'il ne saurait y avoir ni délivrance effective, ni envoi en possession.

On comprend en cet état que l'acheteur ait le droit d'être indemnisé de la nullité forcée du contrat, et qu'à titre de dommages-intérêts on lui alloue la différence entre le prix du marché et celui du cours du jour où la livraison devait avoir lieu. C'est justice, puisqu'on n'a aucun reproche à lui faire, et qu'il est victime et non auteur du fait dommageable.

En serait-il de même pour le vendeur? De quoi l'indemniserait-on? De s'être témérairement engagé, ou d'avoir volontairement manqué à ses obligations? Mais ce serait là le renversement de toutes les notions de l'équité, de la morale, de la justice.

Il n'y a donc d'autre solution juridique que celle que

[1] Conf., 10 juin 1847, *J. de Marseille*, t. 26, 137, 144.

nous indiquons. Qu'elle soit tacitement sous-entendue ou expressément écrite dans le traité, la conversion du traité en marché ferme faute de désignation dans le délai convenu, n'est qu'une clause pénale garantissant l'obligation contractée par le vendeur. Elle demeure dans tous les cas, pour l'acheteur, un droit purement facultatif et dont il peut à son gré répudier l'exercice; pour le vendeur, une peine qu'il devra subir, mais dont il ne saurait jamais provoquer l'application.

223. — On a agité la question de savoir si la marchandise vendue à l'arrivée d'un navire désigné devait s'entendre d'une marchandise à importer pour la première fois et directement du lieu du chargement à celui de la livraison, de telle sorte que l'acheteur soit fondé à refuser de recevoir, et à demander la nullité de la vente avec dommages-intérêts si la marchandise offerte, arrivée au port de livraison sur un autre navire, y a été transbordée sur celui qui avait été désigné, qui l'a transportée dans un autre port d'où il l'a ensuite rapportée?

Que le navire désigné n'ait pas reçu la chose vendue au lieu de production; qu'il l'ait chargée dans un port intermédiaire où elle était à la disposition du vendeur, l'opération est irréprochable. Celui-ci s'est engagé non à charger le navire désigné dans tel ou tel lieu, mais à le faire arriver au port de la livraison ayant à son bord la marchandise vendue.

Mais celle-ci arrivant dans ce port sur un navire autre que celui qui avait été désigné, tout est terminé. La remettre en voyage en la transbordant sur ce dernier n'est

plus qu'une simulation pour masquer l'inexécution du contrat, et en éviter les conséquences. Le vendeur qui a désigné un navire pourrait-il le charger des marchandises qu'il a déjà dans ses magasins? Or, le navire à bord duquel les marchandises arrivent, entrant dans le port, devient le magasin de leur destinataire, elles ne peuvent plus dès-lors devenir l'aliment de la vente contractée dans l'attente éventuelle de leur arrivée. Cette vente est donc nulle, sa condition substantielle se trouvant défaillie, et il ne saurait être au pouvoir du vendeur de la faire revivre par un simulacre d'exécution, et d'anéantir ainsi le droit acquis à l'acheteur d'être indemnisé du préjudice que lui occasionne l'inexécution volontaire de sa part.

224.—C'est ainsi que le consacrait la Cour d'Aix dans l'espèce suivante :

Un négociant de Marseille vend à un autre 1000 charges de blé tendre d'Odessa, livrables à l'heureuse arrivée d'un navire à désigner. Dans le délai convenu, le vendeur indique comme porteur du blé le *San Giovanni*, venant de Nice.

Mais en réalité ce blé était arrivé à Marseille par le *Solo*, venant d'Odessa. 1000 charges avaient été transbordées sur le *San Giovanni*, qui était parti pour Nice, d'où il était revenu sans avoir ni déchargé ni rechargé, mais après avoir changé ses expéditions.

Instruit de ces faits, l'acheteur refuse la livraison et demande la résiliation de la vente avec payement de la différence ; d'un commun accord, la difficulté est déférée à des arbitres.

Ceux-ci s'étant partagés d'opinion, l'avis de chacun d'eux devient la matière d'un procès-verbal. Voici les motifs de celui qui était favorable au vendeur.

« Par le traité, il s'était obligé de fournir du blé tendre d'Odessa, et non point du blé tendre venant d'Odessa. On ne pouvait donc rien exiger au-delà. La circonstance que le blé était arrivé à Marseille et y avait été transbordé sur le *San Giovanni* ne pouvait être un obstacle à l'exécution du marché : 1° parce qu'on n'avait pas stipulé que le blé d'Odessa *viendrait directement* d'Odessa ; 2° parce qu'on n'avait rien stipulé sur le lieu d'où le vendeur devait le faire arriver ; 3° parce que s'agissant d'un blé d'Odessa que le vendeur n'était point tenu d'envoyer chercher au lieu d'origine, la conséquence était qu'il pouvait se le procurer en quelque lieu d'entrepôt que ce fut ; 4° parce que l'entrepôt de Marseille ne lui ayant pas été prohibé, il avait usé d'un droit légitime ; 5° enfin parce que, suivant les accords, le vendeur avait un délai de six mois pendant lequel il pouvait opérer à son gré, sans contrôle aucun de la part de l'acheteur ; qu'il importe peu où le blé a été acheté, pourvu qu'il réunisse d'ailleurs les conditions convenues. »

L'arbitre qui se prononçait pour l'acheteur insistait sur la condition faite par le traité de donner, au délai convenu, le nom du navire sur lequel le blé avait été chargé. Cette clause, disait-il, détermine assez que les blés vendus devaient être pris sinon à Odessa, du moins dans les ports d'entrepôt autres que Marseille ; elle indique suffisamment la commune intention des parties qui a été : de la part du vendeur, de vendre un blé non im-

porté; de la part de l'acheteur, d'acheter un blé qui n'aurait été encore ni importé, ni vu par le vendeur, ni en sa possession avant la livraison; en demandant que l'acheteur prenne livraison du blé chargé expressément à Marseille pour l'envoyer à Nice, et le faire revenir immédiatement à Marseille, sans même l'avoir débarqué et réembarqué à Nice, le vendeur a fourni lui-même la preuve que le blé par lui vendu ne pouvait s'entendre d'un blé qui, avant la livraison, aurait été reposé dans ses magasins à Marseille, ou aurait existé à bord de navires ancrés dans le port de Marseille; en chargeant dans ce port, sur le *San Giovanni*, un blé déjà importé pour simuler une réexportation et une nouvelle importation, le vendeur a éludé les clauses principales et déterminantes de la vente; il serait absurde de penser que le vendeur a vendu un blé qui était déjà en sa possession ou à sa disposition au moment où il donnait le nom du navire sur lequel le chargement aurait eu lieu, et qu'il lui suffirait ensuite de faire voyager ce navire jusqu'à Nice pour le faire retourner à Marseille, afin d'accomplir la condition des accords; il serait plus absurde de croire que l'acheteur ait entendu acheter un blé importé, mais qui, avant d'être livré, serait exporté de nouveau pour être réimporté une seconde fois.

On ne pouvait, à notre avis, méconnaître la force de ces considérations et la faiblesse de celles invoquées en faveur du vendeur. Tout ce qui était dit dans ce sens aurait été vrai dans une vente ordinaire, mais ne pouvait être admis dans celle à l'heureuse arrivée d'un navire désigné. Sans doute celui-ci n'était pas obligé de charger

au port d'origine, il pouvait prendre la marchandise partout ailleurs qu'à Marseille où il devait au contraire la décharger. Le vendeur l'avait lui-même si bien compris, qu'il avait cru devoir faire voyager la marchandise. Or si, comme le disait l'arbitre, il avait pu prendre cette marchandise à Marseille, à quoi bon cette promenade de Marseille à Nice et de Nice à Marseille.

Dès que le blé vendu avait touché à Marseille, la livraison devait en être effectuée, mais elle ne pouvait être reçue que s'il y avait été apporté par le navire désigné. Venu à bord d'un autre, la condition du contrat était violée et sa résiliation ne pouvait être refusée.

Le tiers arbitre se range à cette opinion et, accueillant la demande de l'acheteur, il déclare la vente résiliée avec dommages-intérêts contre le vendeur. Celui-ci émit appel, mais, par arrêt du 7 février 1833, la Cour d'Aix confirme purement et simplement la sentence.[1]

225. — Nous venons de dire que la conséquence de la désignation du navire est pour le vendeur l'obligation de le charger de la chose vendue si fait n'a été déjà, ce qu'il est tenu de justifier. Si rien n'a été prévu quant à cette exécution, elle ne peut être exigée que si, le délai convenu pour la livraison étant expiré sans que le navire soit arrivé, l'acheteur soutient que ce défaut d'arrivée est le fait du vendeur.

Il arrive quelquefois que l'acheteur, voulant limiter la faculté de charger, stipule que le vendeur produira les

[1] *J. de Marseille*, t. 13, 1, 97.

connaissements, soit en désignant le navire, soit dans un tout autre délai convenu.

Le vendeur qui accepte cette condition est tenu de la remplir au même titre et sous la même peine que celle relative à la désignation du navire, c'est-à-dire que faute par lui de notifier les connaissements dans le délai convenu, la vente est résiliée avec dommages-intérêts en faveur de l'acheteur.

Le tribunal de commerce de Marseille le jugeait ainsi, les 8 octobre 1841 et 19 janvier 1842. Ce dernier jugement ayant été frappé d'appel, était confirmé par la Cour d'Aix, le 1er juillet 1842.[1]

226. — Enumérer une à une les conditions dont la vente est susceptible était une tâche difficile pour ne pas dire impossible. Justinien l'avait entreprise en voulant préciser les pactes qui pouvaient suspendre, modifier ou résoudre la vente.[2] Mais sa nomenclature est loin d'être complète.

Notre législation n'est pas entrée dans ce détail, elle s'est contentée d'indiquer le caractère que peut revêtir la condition et d'en déterminer les effets. Elle ne s'occupe nommément que de celles qui, par leur spécialité, pouvaient paraître déroger aux principes généraux de la vente, et qu'il devenait dès-lors utile et nécessaire de réglementer, dans les conditions suspensives, la vente au poids, au nombre ou à la mesure, celle avec dégus-

[1] *Ibid*, t. 21, 1, 21 et 175.
[2] *Cod. de Pactis, inter emp. et vendit.*

tation, essai ou arrhes; dans les conditions résolutoires, le pacte commissoire, la clause de réméré. Mais dans l'une et l'autre catégories les parties ont la plus entière liberté et peuvent stipuler toutes celles qui leur paraissent utiles ou convenables. C'est surtout de la vente commerciale qu'on peut dire qu'elle peut se plier à toutes les modalités, sans autres exceptions que celles qui résulteraient d'une disposition de loi prohibitive, ou des exigences de l'ordre, de la morale ou des bonnes mœurs.

227. — Ce qui est vrai pour la vente, ne pouvait pas ne pas l'être pour la promesse. On ne saurait, en effet, contester au promettant le droit absolu et illimité de subordonner son engagement à toutes les conditions que son intérêt ou ses convenances lui paraissent exiger.

Celui qui reçoit la promesse est à son tour libre de repousser les conditions, de les faire modifier, mais il ne peut jamais isoler celle-ci de celles-là. L'acceptation de la promesse entraînerait virtuellement celle de toutes les conditions qui y auraient été apposées.

228. — La vente alternative ne saurait offrir de difficultés que sur son caractère, et celui-ci reconnu et admis que relativement à la partie à laquelle le choix a été déféré, et aux risques de la chose dans l'intervalle du contrat à l'exécution.

Il est difficile de confondre la vente alternative de telle ou telle chose avec la vente cumulative de l'une et de l'autre. La disjonctive *ou*, écrite dans le contrat, leverait toute difficulté.

Mais la vente n'est pas toujours constatée par écrit; et si l'accord est verbal, l'une des parties soutiendra avoir traité sous la conjonctive *et*, tandis que l'autre se prévaudra de la disjonctive *ou*.

Il appartient au juge de résoudre cette difficulté. Un élément essentiel résultera du prix stipulé. La vente sera déclarée cumulative ou alternative selon qu'il représentera la juste valeur des deux choses, ou de l'une d'elles seulement.

Dans la vente alternative, la convention doit déterminer à qui du vendeur ou de l'acheteur appartiendra le choix; dans le silence de la convention, ce choix ne saurait être contesté au vendeur : *Si ita distrahatur illa aut illa res, utram eliget venditor, hæc erit empta.*[1]

Quant aux risques, il n'y a pas à distinguer. Que le choix ait été laissé au vendeur ou déféré à l'acheteur, le résultat est le même. La chose qui périt la première, périt pour le compte du vendeur, celle qui reste, demeure *in obligatione*, et il est obligé de la livrer.

Mais si celle-ci perit à son tour, ou si le même accident les détruit l'une et l'autre, le vendeur est libéré de son obligation et l'acheteur reste débiteur du prix.[2]

[1] L. 25, Dig. *De Cont. empt.*
[2] L. 34, § 6. Dig. *Ejusd. tit.*, Pothier, n° 315. Troplong, n° 407.

SECTION IV.

Des obligations du vendeur et de l'acheteur.

§ I.

Des obligations du vendeur.

—

SOMMAIRE.

240. Doit-on distinguer le cas où le commissionnaire a été indiqué par l'acheteur de celui où il a été choisi par le vendeur ? Raisons pour l'affirmative.
241. Réfutation.
242. Conclusion.
243. La tradition peut résulter, même dans la vente mobilière, de la remise des titres. Quels sont dans ce cas les titres dont la remise opère cet effet.
244. Où et quand doit être effectuée la délivrance.
245. Effets du défaut de délivrance.
246. La faculté d'accorder un délai, édictée par l'article 1184 du Code Napoléon, est-elle applicable à la vente commerciale ?
247. Conditions dans lesquelles elle pourrait-être appliquée.
248. Caractère des arrêts des Cours de Bordeaux et d'Aix, invoqués pour son applicabilité.
249. Ne pourrait l'être lorsqu'il s'agit d'accorder un délai de grâce. Pourquoi ?
250. Ni lorsque le traité renferme la clause résolutoire expresse. Arrêt contraire de la Cour d'Aix.
251. Son caractère.
252. *Quid* si la clause expresse est purement facultative pour l'acheteur.
253. Dans tous les cas où la clause résolutoire est expresse, l'acheteur n'est pas tenu de mettre le vendeur en demeure de livrer.
254. Droit de l'acheteur de demander sa mise en possession. Caractère et effet du jugement qui l'autorise.
255. Impossibilité de la mise en possession dans les ventes où la chose n'est déterminée que par son espèce et sa quantité.
256. Mais l'acheteur est autorisé à demander son remplacement.
257. Celui-ci peut-il être accordé lorsque la chose devant être importée, l'exportation a été prohibée par le gouvernement local. Distinction.
258. Peut se faire en une quotité similaire, si la chose vendue n'existe pas sur le marché.

rédhibitoire, dans les ventes et échanges d'animaux domestiques.

279. Le délai court du jour de la livraison seulement.

280. La loi du 20 mai 1838 déroge à l'article 1644 du Code Napoléon, pour l'action en *quanti minoris*.

281. Sous l'ancienne législation l'action était utilement exercée, pourvu que, dans le délai, l'acheteur eût fait constater le vice.

282. La loi de 1838 exige qu'outre cette constatation, le vendeur ait été cité dans le délai.

283. L'acheteur répond-il de la nullité de l'expertise. Arrêt de la Cour de Rouen.

284. Reproches qu'on lui faisait. Appréciation.

285. Arrêt de la Cour de cassation.

286. Les parties peuvent renoncer au bénéfice de la déchéance, expressément ou tacitement. Exemple de renonciation tacite.

287. Droits du juge de paix dans la nomination des experts. Obligation de ceux-ci.

288. Ils doivent s'expliquer sur l'origine du vice.

289. Son antériorité est-elle présumée contre le vendeur, ou doit-elle être établie par l'acheteur.

290. Nature de la présomption.

291. Effet de la mise en contact des animaux achetés avec d'autres affectés de la maladie.

292. Effets de l'existence du vice rédhibitoire.

293. Conséquences pour le vendeur de l'ignorance de l'existence du vice rédhibitoire.

294. Ses obligations s'il a vendu malgré qu'il la connût.

295. De quoi peut résulter la preuve de la connaissance.

296. Le vendeur peut stipuler qu'il ne garantit pas les vices rédhibitoires. A quels vices s'applique cette stipulation.

297. La vente comprenant plusieurs animaux est-elle intégralement résiliée, si l'un ou quelques-uns sont atteints de vices rédhibitoires.

229. — La vente étant un contrat synallagmatique,

devient, pour chacune des parties, l'origine d'obligations et de droits ; les principales de ces obligations sont pour le vendeur celle de livrer la chose vendue ; celle d'en assurer et d'en garantir la propriété à l'acheteur.

L'obligation de livrer est absolue et sans restriction. Elle doit être remplie dès qu'elle est exigible, c'est-à-dire immédiatement ou au terme convenu, suivant que la vente est pure et simple, ou à livrer.

230. — Le vendeur n'a loyalement exécuté son obligation que si la chose par lui offerte réunit les qualités stipulées, que l'acheteur a exigées, et en vue desquelles il a traité.

Cela est de rigueur dans la vente civile et ordinaire. Mais cette rigueur n'était pas possible dans la vente commerciale. Le développement si désirable de ses opérations ne permettait pas d'en subordonner l'existence à la moindre différence, de rompre le contrat pour la plus minime nuance entre la chose offerte et la chose promise.

Mais il ne pouvait pas être non plus que cette nuance dans la qualité dût être à la charge de l'acquéreur. De là l'usage de ces réfactions qui introduisent dans le prix et contre le vendeur une différence équivalente à celle de la qualité, et qui remet ainsi les parties sur le pied de la plus parfaite égalité.

L'application de cet usage exige que la différence dans la chose se renferme dans de certaines limites. Il serait injuste, en effet, de contraindre l'acheteur à se livrer, même avec bonification sur le prix, lorsque cette diffé-

rence, dépassant une juste proportion, pourrait compromettre son intérêt, soit qu'elle dût ne pas permettre de faire de la chose l'usage auquel il la destinait, soit qu'elle en rendît la revente impossible ou difficile.

La pratique commerciale ne pouvait se tromper sur l'énormité d'un pareil résultat. Elle ne pouvait ni l'admettre ni le tolérer. Aussi la voyons-nous se renfermer à ce sujet dans des règles qui enlèvent à l'usage toute nocuité. La bonification se calcule par la nature des marchandises, elle n'est obligatoire que lorsque la différence n'est que de demi ou d'un pour cent pour celles-ci, de deux, trois ou quatre pour cent pour celles-là. Si elle doit excéder ce taux, l'acheteur a le droit de recevoir ou de faire résilier le contrat.

231. — Le vendeur offrant une bonification pour faire maintenir la vente, doit prouver et l'existence de l'usage, et son étendue relativement aux choses de la nature de celle faisant la matière de la vente. Or, l'usage ne peut être admis que s'il est généralement reconnu et pratiqué par les commerçants de la place. Dans le cas contraire et à défaut de cette preuve, l'allégation qui en serait faite ne pourrait être ni accueillie ni consacrée. Ainsi le jugeait la Cour de Rouen par son arrêt du 18 janvier 1845.

Il s'agissait dans l'espèce de 50 balles graines de trèfle, que l'acheteur refusait d'accepter vu leur mauvaise qualité. L'expert chargé de les vérifier avait déclaré que la dépréciation était du trois pour cent et que la vente de-

vait être résiliée, l'usage, en pareille matière, n'admettant qu'une différence de deux pour cent au plus.

Cet avis ne fut pas accueilli par le tribunal de commerce. Le jugement constate qu'il n'existe sur la place aucun usage autorisant l'acheteur à ne pas se livrer lorsque la moins value dépasse le deux pour cent; et considérant que celle de trois pour cent n'est pas, dans l'espèce, de nature à justifier le refus de l'acheteur, le condamne à recevoir les 50 balles.

Le jugement dit bien qu'il n'existe pas sur la place d'usage limitant à deux pour cent, la différence ne créant aucun obstacle au maintien et à l'exécution de la vente, mais il ne constate pas que cet usage en tolérât une de trois pour cent. Or, si l'usage n'avait introduit aucune dérogation au droit commun, n'était-ce pas celui-ci qu'on devait appliquer?

La Cour de Rouen ne pouvait hésiter et n'hésita pas en effet. En conséquence elle réforme le jugement et annulle la vente :

« Attendu que si dans certaines circonstances où l'équité domine, et pour certaines marchandises qui, comme celles de la cause, n'ont pas été vendues sur échantillon, les usages du commerce permettent de ne pas appliquer avec rigueur les principes du contrat synallagmatique, et si l'on peut alors chercher dans ces usages, quand ils sont certains, généraux et invariables, l'interprétation de la volonté des parties qui ont traité sous l'influence d'usages qui leur étaient bien connus, la justice ne peut, en l'absence de tout usage ayant les caractères ci-dessus spéci-

fiés, refuser à un acheteur l'application rigoureuse des principes qu'il réclame.[1] »

Le caractère juridique de cette décision ne saurait être contesté. On a bien pu laisser au commerce la faculté de soustraire ses transactions aux exigences rigoureuses du droit commun, mais encore faut-il bien que d'accord commun l'exercice de cette faculté, reconnu et admis par les négociants de la place, soit devenu leur loi générale; le juge ne peut et ne doit donc en concéder le bénéfice qu'après avoir reconnu, admis et constaté l'existence de l'usage. Mais le suppléer dans telle ou telle proportion ne lui est ni permis ni loisible ; et à défaut de cette existence il est légalement forcé de recourir au droit commun et de l'appliquer. Dès-lors aussi rien ne saurait contraindre l'acheteur à recevoir une marchandise d'une qualité inférieure à celle qu'il a entendu acheter, et qui lui a été réellement vendue.

232. — La livraison opère le transport de la chose vendue en la possession et puissance de l'acheteur. Elle s'opère ou par la tradition réelle, ou par la remise des clefs des bâtiments renfermant la chose vendue, ou même par le seul consentement, si le transport ne peut se faire au moment de la vente, ou si l'acheteur est déjà, à un titre quelconque, en possession de ce qui en fait la matière.[2]

La loi met donc sur la même ligne la tradition maté-

[1] *J. D. P.*, 1, 1845, 271.
[2] Art. 1606 Code Nap.

rielle et effective, et la tradition feinte, virtuelle et intellectuelle.

233. — Aucun doute ne saurait s'élever dans l'hypothèse de la remise des clefs des magasins ou dépôts, non plus que dans celle où l'acheteur déjà nanti, le contrat vient fixer le titre auquel il possédera désormais.

Mais d'où résultera la tradition, et à quelles conditions devra-t-on l'admettre lorsque la chose n'est susceptible, au moment de la vente, ni de transport réel, ni de transport fictif, par exemple la vente d'une coupe de bois non encore détachés du sol?

L'intérêt qui s'attache dans ce cas à la solution est surtout saisissable si le propriétaire ayant vendu deux fois la même coupe, il s'agit de décider lequel des acquéreurs doit être admis à l'exploiter.

Dans une espèce de ce genre, l'acheteur, second en date, soutenait que dans tous les cas, ayant été mis en possession, il avait par cela-même acquis la propriété. Il faisait résulter sa possession de ce qu'il avait commencé l'exploitation, établi un garde vente, payé les impositions.

Tout cela, répondait le premier acheteur, ne peut exercer aucune influence, ce n'est qu'en matière de meubles que la possession vaut titre. Or il résulte de l'article 521 du Code Napoléon que les coupes ordinaires de bois taillis ou de futaie mis en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. Dès-lors la propriété en est transférée par le titre seul, d'autant plus qu'il ne peut exister d'autre mode de

tradition, dès-lors aussi le titre le plus ancien en date doit l'emporter.

234. — Le tribunal de Gray et, sur l'appel, la Cour de Besançon repoussent cette prétention. Le jugement, confirmé avec adoption des motifs, considère qu'une coupe de bois taillis en usance est un objet purement mobilier, surtout dès que le bois a acquis l'âge de l'exploitation ; c'est un fruit qui est meuble par sa nature et sa destination ; qu'il reste tel surtout dès que le propriétaire en dispose séparément du fonds ; que son immobilisation est une exception à sa nature, et n'a lieu que dans le cas où sa propriété est confondue avec celle du sol dans une même personne, ou dans une même hérédité ; que c'est dans le cas seulement où la disposition du sol entraîne celle des fruits que l'article 521 est applicable ; mais que si ce fruit est séparé du sol par une disposition du propriétaire, la fiction cesse et le fruit doit être considéré comme un meuble suivant son état naturel.

Cette appréciation fut déférée à la Cour de cassation comme violant les articles 520 et 521 du Code Napoléon. Mais loin de l'admettre ainsi, la Cour, par arrêt du 21 juin 1820, déclare qu'il en a été fait une juste, une exacte application, par la raison que l'interprétation qui en avait été consacrée était juridique et seule admissible.

« Attendu, dit la Cour suprême, que les dispositions des articles 520 et 521 du Code Napoléon étant conformes à celles de plusieurs coutumes, et notamment à l'article 62 de celle de Paris, lequel réputait immeubles les bois sur pied, récoltes pendantes par racines et les

fruits attachés aux arbres, ne peuvent recevoir de plus saines application et interprétation que celles qui résultent de la doctrine presque générale des auteurs les plus estimés, et de la jurisprudence qui avaient restreint l'application de ces dispositions au seul cas où il s'agissait de régler les droits des propriétaires, des usufruitiers ou des héritiers entre eux.

235. — Cette interprétation doctrinale des articles 520 et 521 soustrait à leur empire les débats que fera naître la coexistence de deux ventes de la même coupe. Le droit des acheteurs doit donc se régler par le droit commun en matière de ventes mobilières. Or, on sait que pour ce qui les concerne, *non nudis pactis, sed traditionibus dominia transferuntur.*

Dans le système contraire, il faudrait, pour être conséquent, soutenir que la vente d'une coupe de bois devrait être transcrite et en subordonner l'efficacité, à l'égard des tiers, à l'accomplissement de cette formalité. Or, personne, que nous sachions, n'a jamais songé à soutenir cette exigence, et moins encore à y satisfaire dans la pratique.

Mais alors, comment une vente qui ne reçoit aucune publicité légale pourrait-elle être un titre suffisant pour celui qui l'a tenue secrète contre celui qui, ayant acheté la même coupe, s'en est publiquement et ostensiblement mis en possession ?

Il ne peut donc exister de controverse sérieuse sur le principe. On ne peut prévoir des difficultés que sur les

conditions auxquelles on devra reconnaître l'entrée en possession ?

236. — Or, à défaut de titre, dans l'impossibilité de rencontrer une tradition réelle de la main à la main, on s'attachera à l'exécution que la vente a reçue.

Ainsi, dans l'espèce, c'est à bon droit que le tribunal de Gray et la Cour de Besançon faisaient résulter la prise de possession par le second acheteur de l'établissement d'un garde, du payement des impositions et surtout du commencement d'exploitation déjà opérée au moment de la revendication du premier acheteur, sur une étendue de 13 hectares.

Que pouvait faire de plus et de mieux le second acquéreu, alors surtout qu'il ne rencontrait ni opposition ni réclamations ? Etait-il possible d'admettre qu'en agissant ainsi, le second acheteur n'avait acquis que la possession des arbres abattus et non celle de ceux qui étaient encore debout ?

Mais l'abattage, quelque minime qu'il eût été d'ailleurs, ne pouvait être isolé de la cause qui en donnait le droit, cette cause n'était autre que la vente qui portait indivisément sur toute l'étendue indiquée au contrat. Il n'était donc pas possible d'en scinder l'effet, son indivisibilité rejaillissait sur l'exécution qui lui était donnée, et qui était la preuve et la confirmation de la vente.

A lui seul le commencement de l'exploitation était donc décisif. Il était, de la part du vendeur qui l'avait autorisé, la tradition réelle et effictive ; de la part de l'acheteur, une prise de possession qui devait le faire pré-

férer, malgré la postériorité de son titre, aux termes de l'article 1141 du Code Napoléon.

237. — La question de savoir s'il y a eu ou non tradition et prise de possession n'est pas seulement utile pour déterminer le droit entre acheteurs, elle peut, dans d'autres circonstances, offrir un intérêt aussi actuel, aussi considérable.

L'actif du débiteur est le gage de tous ses créanciers. La saisie faite par l'un d'eux comprendrait évidemment tout ce qui serait en la possession du débiteur, et par conséquent les choses qu'il aurait vendues, mais non encore livrées, soit réellement, soit fictivement.

Ainsi, dans l'espèce que nous venons d'examiner, la saisie du sol aurait porté sur les arbres qui y auraient été radiqués. Mais la certitude de la tradition, qui ferait préférer le second acheteur, aurait légitimé et fait accueillir la demande en distraction de la coupe vendue.

238. — L'acheteur a donc, dans tous les cas, le plus haut intérêt à établir qu'il y a eu livraison. Cette preuve n'est pas toujours facile. Il est, en effet, des marchandises qui ne pouvant être livrées de la main à la main, sont insusceptibles également d'un emmagasinage, permettant leur tradition fictive.

On a donc dû, par respect pour les droits légitimes, dans l'intérêt du commerce, considérer certains actes comme constituant celle-ci et en produisant les effets.

Nous avons déjà examiné et résolu la question de savoir si l'apposition de la marque de l'acheteur sur la

chose vendue constituait la prise de livraison, en nous prononçant pour l'affirmative, même pour les choses sujettes à dégustation.[1]

A plus forte raison l'admettrions-nous ainsi pour les marchandises qui, en fait, ne comportent pas d'autres modes de livraison et de réception, par exemple les bois et poutres dont l'enlèvement exige un certain temps.

Il est impossible d'admettre que l'acheteur n'ait pas le moyen d'établir son droit, et de se le conserver dans l'intervalle entre la conclusion du marché et son exécution effective. Or, de tous, le plus énergique n'est-il pas l'apposition de sa marque.

Le doute ne pouvait exister, et n'a jamais existé. La controverse qui s'élevait en droit romain sur l'effet de cette apposition dans l'hypothèse de choses sujettes à dégustation, ne s'était jamais étendue au-delà, et la règle tracée par le jurisconsulte Paul, consistant à considérer comme livrées *trabes quas emptor signasset*, était unanimement admise.

Cette doctrine, dont la rationalité résulte de la nature des choses elles-mêmes, a été consacrée par la pratique commerciale. Cette pratique constituant l'usage, s'imposait aux tribunaux qui n'ont pas hésité à l'accueillir. Aussi, la Cour de Dijon et avec elle la Cour de cassation jugeaient-elles que la tradition réelle résulte suffisamment, dans le commerce des bois, de l'empilage fait par l'acheteur et de l'apposition de sa marque sur les bois vendus gisant encore sur le terrain.[2]

[1] *Sup.*, n° 154.
[2] 15 janvier 1828.

239. — La remise de la chose vendue au commisionnaire chargé de la transporter équivaut-elle à la tradition effective en faveur de l'acheteur?

Cette question doit se résoudre par la règle édictée par l'article 100 du Code de commerce. Il y aura ou non tradition, suivant que la chose, livrable au domicile du vendeur ou à celui de l'acheteur, voyagera aux risques de l'un ou de l'autre.

Or, en principe, la délivrance se fait au domicile du vendeur; le contraire ne peut être acquis que s'il résulte d'une convention stipulant la remise de la marchandise soit dans un lieu déterminé, soit au domicile de l'acheteur. Dans cette hypothèse, la marchandise n'est confiée au commissionnaire de roulage qu'en exécution de l'obligation prise par le vendeur de la faire parvenir à sa destination, la livraison ne s'effectuera donc qu'après l'arrivée entre les mains de l'acheteur.

A défaut de convention de ce genre, le principe général reprend son empire, et la marchandise étant présumée livrable au domicile du vendeur, sa remise au commissionnaire de roulage constitue la tradition réelle et effective.

240. — On a essayé à ce sujet de distinguer. Il y a livraison, a-t-on dit, lorsque le commissionnaire recevant la marchandise a été choisi et indiqué par l'acheteur; non, dans l'hypothèse où le choix en a été laissé, et a été fait par le vendeur. Dans ce dernier cas, en effet, c'est ce dernier qui emballe la marchandise et traite avec le commissionnaire qu'il charge de la transporter; seul il

est responsable de l'emballage et de l'expédition. La vente ne peut donc être parfaite et consommée que du jour de l'arrivée de la marchandise. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 101 du Code de commerce la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier seuls, et non entre ce dernier et le destinataire; c'est ainsi encore qu'en cas de faillite l'expéditeur peut revendiquer la marchandise tant qu'elle n'est pas entrée dans les magasins du failli; preuve que jusqu'à cet instant la propriété réside toujours en la personne de l'expéditeur.

241. — Il est impossible, en raison comme en droit, de reconnaître à ces arguments un caractère sérieux.

Lorsqu'on achète ailleurs qu'à son domicile, et qu'on ne stipule pas que la marchandise y sera livrée, faut-il bien qu'elle y parvienne cependant. Or, dans ce cas, la marchandise sortie des mains du vendeur est aux risques de l'acheteur, et cela seul prouve que la propriété en a été transférée.

Le mode de transport, le choix de la personne par l'intermédiaire de laquelle il doit s'opérer, est un droit que personne ne contestera à l'acheteur, mais il peut renoncer à l'exercer, s'en remettre à un mandataire, et c'est ce qu'il fait réellement lorsqu'il refuse ou omet de faire connaître ses intentions.

Dès-lors, si le vendeur répond encore de l'emballage et de l'expédition, c'est non comme propriétaire, il ne l'est plus; mais parce que, volontairement constitué mandataire de l'acheteur, il garantit l'exécution du mandat et

accepte la responsabilité de la négligence, de l'imprudence et à plus forte raison des fautes qu'on aurait à lui reprocher.

Ainsi ou l'acheteur aura désigné le commissionnaire, ou il se sera contenté de donner l'ordre d'expédier. Comme cet ordre exige l'intervention d'une tierce personne, il suppose le pouvoir de l'élire. Conséquemment le vendeur n'est plus en réalité qu'un mandataire, et ce qu'il fait en cette qualité est réellement fait par l'acheteur lui-même : *Quis mandat ipse fecisse videtur.*[1]

Il est vrai que l'article 101 du Code du commerce déclare la lettre de voiture un contrat entre l'expéditeur et le voiturier. Il ne pouvait en être autrement. Dans l'origine, le voiturier ne traite pas avec le destinataire qui ne figure point au contrat, qui ne sera tenu de rien s'il refuse de recevoir. Dans la prévision de ce refus, il fallait que le voiturier pût demander son payement à quelqu'un, et ce quelqu'un ne pouvait être que l'expéditeur. Voilà ce que l'article a voulu consacrer et consacre.

Mais contrat entre celui-ci et le voiturier, la lettre de voiture est destinée à revêtir ce caractère entre le voiturier et le destinataire. Si celui-ci accepte et reçoit la marchandise, il est lié et tenu de payer le voiturier ; les indications de la lettre de voiture, quant au prix du transport, au délai du voyage, à la retenue en cas de retard, deviennent la loi en sa faveur et contre lui, comme en faveur et contre le voiturier.[2]

[1] Paris, 18 mars 1829.
[2] V. *Notre comm. de l'art.* 101.

Enfin si la lettre de voiture est un contrat avec l'expéditeur, c'est non pas parce que celui-ci est propriétaire de la chose remise au voiturier, mais uniquement parce qu'il en est l'expéditeur ; qu'il a traité en son nom quoique pour le compte d'un tiers auquel il demandera raison de ce qu'il a dû payer au voiturier. Le commissionnaire n'a jamais été propriétaire de ce qu'il expédie en cette qualité, en sera-t-il moins tenu envers le voiturier s'il a souscrit la lettre de voiture ?

Quant à l'argument tiré de la faculté de revendiquer la marchandise encore en voyage, en cas de faillite de l'acheteur, il ne saurait avoir aucune portée. Cette faculté existe aussi bien dans le cas où le commissionnaire a été choisi par l'acheteur que dans celui où il a été choisi par le vendeur. Or, on reconnaît que dans le premier la propriété a été transférée, et si ce transfert n'est point un obstacle à la revendication, c'est que celle-ci est indépendante des effets attachés à la vente, elle suppose même que celui qui l'exerce a perdu la propriété. On ne revendique en effet que ce qui a cessé de nous appartenir. Pourquoi demanderait-on la restitution d'une propriété qu'on n'aurait jamais ni aliénée ni perdue.

Au reste la faculté de revendiquer n'existe que si la marchandise en cours de voyage n'a pas été revendue sur factures, connaissements ou lettres de voiture. En autorisant et en validant cette revente, la loi a explicitement reconnu que l'acheteur était propriétaire de la marchandise expédiée, et l'article 576 du Code de commerce ne distingue nullement l'expédition faite par le commission-

naire désigné par l'acheteur de celle faite par le commissionnaire du choix du vendeur.

242. — Nous persistons donc à croire que la désignation du commissionnaire ne peut exercer aucune influence sur la question de savoir si la remise en ses mains de l'objet vendu équivaut à la tradition. Cette question ne peut être tranchée que par la stipulation du contrat relativement au lieu où devait se faire la délivrance. Si la marchandise était livrable au domicile de l'acheteur, la tradition ne pouvant avoir lieu qu'après son arrivée, on consacrera la négative. L'affirmative serait de rigueur si l'absence de toute stipulation, ou une stipulation expresse, fixait le lieu de la livraison au domicile du vendeur.

243. — L'article 1605 du Code Napoléon fait résulter, dans la vente immobilière, la tradition de la remise des titres; un pareil mode, qui peut être le seul praticable dans certains cas, ne pouvait guère être présumé lorsqu'il s'agit de meubles proprement dits. Aussi l'article 1606, en s'occupant de divers modes de tradition pour ce qui les concerne, ne parle-t-il plus de la remise des titres.

La doctrine n'a pas considéré ce silence comme une prohibition. Elle a donc accepté la remise des titres comme tradition, même dans les ventes mobilières. Dès-lors elle a dû se demander quels étaient les titres à la remise desquels s'attacherait cet effet? Est-ce celui qui constaterait la vente entre parties, ou seulement celui qui

établirait la propriété du vendeur relativement à la chose qu'il aliène?

Dans l'ancien droit, Pothier se prononçait dans le premier sens, mais Dumoulin soutenait l'avis contraire, et c'est celui-ci que M. Troplong préfère et adopte. La raison le veut ainsi, enseigne-t-il, l'acte de vente ne prouve que la convention principale entre le vendeur et l'acheteur, toute sa portée est de déplacer la propriété. Quant à la possession, il la laisse dans l'état où elle était, son but n'est pas de s'en occuper, il faut donc une opération ultérieure, distincte de la vente pour déposséder le vendeur, et cette dépossession ne saurait résulter de la remise d'un titre qui n'a pas trait à la possession.[1]

Cette doctriné est d'autant plus juridique qu'elle a son fondement dans l'article 1605 lui-même. Evidemment les titres dont la remise équivaut à tradition pour la vente immobilière sont, non l'acte de vente qui est consenti entre parties, mais ceux que le vendeur tenait de ses prédécesseurs, et qui, en prouvant leur droit, établissaient et justifiaient le sien. Leur remise est en effet un indice capital de l'intention du vendeur, et on a pu, avec juste raison, dire qu'en la réalisant le vendeur ne veut plus rien conserver de la chose ; qu'il abdique tous ses droits, et que l'objet vendu sera désormais dans un tel rapport avec l'acheteur qu'il pourra seul s'en servir à son bon plaisir.

Dès-lors, si l'on applique le principe aux ventes mobilières, on devra l'accepter avec ses caractères et toutes

[1] N° 276.

ses conséquences. Il en est des meubles comme des immeubles. On doit distinguer la propriété de la possession, et la vente, en transférant la première, laisse la seconde dans l'état où elle était. Celle-ci n'est à son tour transférée que si l'acheteur, à la suite ou en exécution du contrat, reçoit ou la chose ou les clefs des magasins dans lesquels elle est reposée. En un mot, il n'y a dépossession du vendeur que si la vente est accompagnée ou suivie d'un acte qui la complète en l'exécutant.

Que dans certaines circonstances cet acte résulte de la remise des titres, on le comprend. Mais dans ce cas, dit Merlin, il faut que cette remise tombe sur les actes qui constatent l'achat que le vendeur avait précédemment fait des choses qu'il vend, et non pas seulement sur l'acte même par lequel il les vend : *Non autem per traditionem instrumentorum ipsius venditionis.*[1]

M. Troplong enseigne la même doctrine. Le vendeur, dit-il, se bornant à remettre facture même acquittée, ne fait rien pour se dessaisir de la possession, il n'abdique pas entièrement la chose, puisqu'il conserve les titres qui la concernent. S'il remet à l'acheteur la preuve du contrat, il ne lui remet rien qui prouve son exécution, il faut donc la remise des titres de propriété de la chose pour que l'acheteur soit saisi.[2]

L'article 576 consacre cette opinion. La revente des marchandises en cours de voyage peut être un obstacle à leur revendication du vendeur non payé, mais dans le cas

[1] *Rép.*, v° *Tradition*, n° 1.
[2] N° 382.

seulement où elle a été faite sur facture, connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur. Donc la vente sur simple facture du destinataire, et la remise de celle-ci aux mains de l'acheteur n'auraient pas saisi celui-ci. C'est là la preuve que les titres, dont la remise équivaut à tradition, ne peuvent être que ceux qui établissent les droits du vendeur, et la confirmation la plus éclatante de la doctrine des deux illustres maîtres dont nous venons d'emprunter le langage.

244. — La délivrance est l'exécution de la vente ; à ce titre, et sauf quelques cas exceptionnels, elle ne pourrait impunément être refusée par le vendeur. Elle doit être effectuée au temps et au lieu convenus, ce lieu peut être le domicile du vendeur, ou celui de l'acheteur, ou ni l'un ni l'autre.

Il peut arriver, en effet, que l'acheteur n'ait traité que pour se procurer ce qu'il a déjà vendu, et ce qu'il doit livrer dans un lieu convenu. Il est naturel, en ce cas, qu'en contractant l'achat, il en stipule la livraison au lieu où il a besoin de faire arriver la chose qui en fait la matière. C'est là une économie de temps et de frais qu'un commerçant intelligent ne manquera pas de se ménager.

Dans d'autres circonstances, l'acheteur qui n'a pas encore revendu peut avoir l'intention de le faire sur telle ou telle place, en conséquence se réserver la faculté d'indiquer ultérieurement le lieu où devra se faire la livraison. Il importe que la désignation soit faite assez à temps pour que la marchandise arrive et soit livrée au

jour convenu, à défaut et l'échéance arrivée, le vendeur pourrait contraindre à prendre livraison à son domicile.

Si rien n'a été convenu quant au lieu de la livraison, on suit les règles que l'article 1247 du Code Napoléon a tracées pour le payement.

S'il s'agit d'un corps certain et déterminé, la délivrance s'opère au lieu où il se trouve au moment de la vente; si la chose vendue n'est déterminée que par l'espèce et la quantité, elle est livrable au domicile du vendeur, dans ses magasins ou entrepôts.

245. — L'obligation de livrer au lieu et au temps convenus est impérieuse et absolue. Son inobservation, ou le retard que son accomplissement éprouverait confère à l'acheteur le droit de demander, à son choix, la résiliation de la vente ou sa mise en possession s'il s'agit d'un corps certain et déterminé; l'autorisation de se remplacer, en cas contraire, en espèce et quantité.

L'article 1610 du Code Napoléon met une condition à l'exercice de ce droit, à savoir : que le retard ne vienne que du fait du vendeur. La résiliation ou le remplacement mettra le vendeur dans la nécessité de payer une différence; la mise en possession entraînera elle-même l'obligation de réparer le préjudice que le retard aura occasionné C'est donc, dans tous les cas, une peine qu'il s'agit d'infliger. Or, une peine n'est juste que lorsqu'elle est méritée, et elle n'est méritée que lorsqu'elle est la conséquence d'une faute, d'une négligence, d'une imprudence; on la comprend si le vendeur n'a pas fait, en temps opportun, ce qu'il devait faire, ou s'il a né-

gligé les précautions et les soins qu'exigeaient la sécurité et la rapidité du voyage que la chose vendue devait accomplir.

Il était donc rationnel d'en exempter celui qui, sans reproche à cet égard, ne subit que l'effet d'une force majeure qu'il lui était impossible de prévoir et d'empêcher. Cette conséquence, qui s'induisait d'ailleurs de l'article 1610, a été enseignée par les auteurs, consacrée par la jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation jugeait, le 8 octobre 1807, que le défaut de délivrance au terme convenu peut ne pas donner lieu à la résiliation de la vente, lorsqu'il est constant que la délivrance n'a été retardée que par une cause indépendante de la volonté du vendeur.[1]

Mais le vendeur excipant de la force majeure pour repousser l'action de l'acheteur est tenu d'en justifier. Or, comme nous l'avons déjà indiqué, la force majeure dépend moins de la matérialité de l'obstacle que de la cause à laquelle on doit l'attribuer. Si l'événement n'est pas purement accidentel, s'il a pu être prévu, le vendeur a tort de ne pas l'avoir pris en considération, et de n'avoir pas calculé son obligation sur l'éventualité qu'il créait.

C'est ce que décidait le tribunal de commerce de Marseille lorsque, le 20 février 1860, il résiliait la vente parce que le navire désigné n'était pas arrivé à l'époque que le vendeur avait garanti.[2]

[1] Merlin, *Rép.* v° *Marché à terme*, § 1er. Toullier, t. 6, n° 281. Pothier, n° 49. Troplong, n° 294. Duvergier, Cont. de Toullier, n° 265.

[2] *Sup.*, n° 220.

Une autre application du principe nous est fournie par un arrêt de Paris du 24 janvier 1811, jugeant que le négociant qui, en vendant des marchandises, s'est engagé à les livrer à une époque fixe, ne peut s'excuser, sur la difficulté des routes, de n'avoir pas rempli son obligation ; qu'en conséquence, le défaut de délivrance au jour convenu donne lieu à la résiliation avec dommages-intérêts.

Certes, la difficulté de parcourir la route que doit suivre la chose vendue pour arriver au lieu de la livraison est un obstacle matériel devant ralentir et retarder le voyage, mais elle pouvait être vaincue par l'augmentation des moyens de traction, ou en réalisant plus tôt l'expédition.

Dans tous les cas, les chances de la navigation, les difficultés de la route ne sont et ne peuvent être ignorées de personne. Le vendeur est donc en demeure et en position de les prendre en considération lorsqu'il s'agira de déterminer l'époque à laquelle il consent de livrer. Manquer à ce devoir c'est se rendre coupable d'imprudence et assumer la responsabilité des conséquences.

Il est impossible d'assimiler ces chances ou ces difficultés à l'obstacle résultant, pour le voyage de terre, d'une inondation, de l'écroulement de ponts ; pour la navigation fluviale, des grosses eaux qui l'ont empêchée. C'est dans cette dernière hypothèse que la Cour de cassation rendit son arrêt du 8 octobre 1807.

Il n'y a donc aucune contradiction entre cet arrêt et celui de la Cour de Paris de 1811. S'ils diffèrent dans la

solution, c'est que la force majeure, certaine dans l'espèce du premier, n'existait pas dans l'hypothèse du second.

246. — La résiliation de la vente contre le vendeur, pour défaut de délivrance, doit être ordonnée par justice. L'article 1184 du Code Napoléon, qui consacre le principe, autorise les juges à accorder, suivant les circonstances, un délai au défendeur. La question de savoir si cette faculté existe en matière de ventes commerciales ne pouvait pas manquer de surgir. Elle a été résolue affirmativement par les Cours de Bordeaux et d'Aix, les 8 août 1829 et 4 mai 1832.

A l'appui de cette doctrine on a invoqué l'opinion de M. Troplong. Il est vrai que ce célèbre jurisconsulte enseigne que la faculté concédée par l'article 1184 est absolue, et ne reçoit exception que lorsqu'il a été expressément convenu que le défaut de livraison au temps fixé résilierait la vente de plein droit.[1]

Mais M. Troplong ne s'occupe que des ventes ordinaires, et au point de vue du droit commun; il n'examine pas la question de l'applicabilité de celui-ci aux matières commerciales, il ne pouvait donc conclure autrement qu'il ne le fait sans méconnaître le véritable caractère de l'article 1184.

Ce qui a fait consacrer sa disposition, c'est que dans la vente ordinaire la prorogation du délai de la livraison n'offrira presque jamais de graves inconvénients, et souvent le moindre préjudice. Aussi, n'est-ce que dans cette

[1] N° 293.

hypothèse que les juges devront user du pouvoir qui leur est laissé. La preuve que telle a été la pensée du législateur, c'est qu'il fait de ce pouvoir une faculté et non un devoir, ce qui permet d'en répudier l'exercice toutes les fois qu'il pourrait en naître un danger ou un préjudice.

Or, ce qui n'est qu'une exception plus ou moins rare pour la vente ordinaire, se produira presque toujours dans la vente commerciale. Les variations du cours pourront déterminer ce résultat que la baisse, à l'échéance de la prorogation, aura remplacé la hausse qui existait au jour conventionnellement fixé pour la livraison, et qu'ainsi l'acheteur subira une perte au lieu du bénéfice que l'exécution du contrat lui eût assuré.

247. — On ne saurait avec justice imposer à qui que ce soit l'obligation de courir contre son gré une pareille chance. Nous croyons donc que les tribunaux de commerce ne doivent user de la faculté autorisée par l'article 1184 que dans le cas où il y a certitude qu'il ne saurait en résulter aucun inconvénient. Il s'agit moins pour eux de proroger le délai, que de juger si l'inexécution dont se plaint l'acheteur a assez de gravité pour faire consacrer la résiliation.

Ainsi, la Cour de cassation jugeait, le 15 avril 1845, que le défaut de livraison de la marchandise à l'époque fixée par la convention n'entraîne pas nécessairement au gré de l'acheteur, et en l'absence de clause résolutoire expresse, la résolution du marché ; qu'en ce cas les juges restent libres d'examiner les faits et actes constitutifs de l'inexécution, ainsi que la conséquence qu'elle a pu en-

traîner, et de refuser la résiliation s'ils estiment que le retard apporté à la livraison n'a occasionné aucun préjudice.[1]

Dans cette espèce, une caisse de rubans, qui devait être livrée à Paris le 15 mars, était offerte le 16, dans la matinée. L'acheteur la refuse et demande la résiliation de la vente, avec dommages-intérêts.

Accueillie par le tribunal de commerce, sa prétention est repoussée par la Cour de Paris, dont l'arrêt était sanctionné par la Cour de cassation.

Mais cette jurisprudence n'est pas à proprement parler fondée sur l'article 1184 du Code Napoléon. Il ne s'agissait pas, en effet, de proroger le délai de la livraison et d'imposer à l'acheteur la chance d'une baisse dans le cours. C'était sur le caractère et les effets de l'inexécution que portait le litige, et l'on comprend qu'un retard de quelques heures, n'ayant occasionné et ne pouvant occasionner aucun préjudice, n'ait pas paru suffisan pour entraîner la résiliation. La raison et la justice le prescrivaient ainsi.

248. — A vrai dire, même les arrêts de Bordeaux et d'Aix, que nous avons indiqués comme appliquant l'article 1184, ne sont en réalité que des applications du droit d'appréciation que la Cour de cassation reconnait aux tribunaux. La solution qu'ils consacrent est plutôt en fait qu'en droit, et se trouvait en quelque sorte commandée par les circonstances.

[1] *J. D. P.*, 1, 1845, 591.

Ainsi, dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, le vendeur ne se bornait pas à soutenir que le délai de la livraison pouvait être prorogé, il ajoutait que cette prorogation avait été acceptée et consentie par l'acheteur. Il induisait cette adhésion de ce que celui-ci, avisé du retard qu'éprouverait la livraison et des motifs qui l'occasionnait, loin de protester, n'avait pas même répondu à la lettre d'avis, ce qui était l'acceptation tacite de la prorogation réclamée.

De son côté, la Cour d'Aix avait à décider si l'acheteur avait ou non accepté la livraison qui lui avait été offerte en réponse à son ajournement.

On soutenait donc dans l'une et l'autre espèce, non que l'article 1184 permet ou non de proroger la livraison, mais que l'acheteur était non-recevable à faire résilier le contrat, et c'est ce que les deux arrêts consacrent.

249. — Mais de cette jurisprudence ne ressort pas pour les tribunaux le pouvoir de proroger arbitrairement le délai de la livraison, et d'imposer à l'acheteur la chance de la perte qui pourrait résulter d'une baisse. La condition que la Cour de cassation met au refus de la résiliation est l'absence de tout préjudice pour l'acheteur. Or, comment admettre ce résultat si on accorde au vendeur huit jours, quinze jours au-delà du terme stipulé par la convention ?

Nous pensons donc que lorsque le vendeur n'a pas livré au temps voulu ; que, poursuivi en résiliation, il n'offre pas de livrer actuellement ; qu'il a besoin d'un délai pour

le faire, sans justifier que le retard est dû à une force majeure, la résiliation doit être accordée. L'application du pouvoir laissé par l'article 1184, faveur pour l'un, serait une injustice pour l'autre. Le tribunal de Toulon ayant prononcé en sens contraire, son jugement fut réformé par arrêt de la Cour d'Aix, du 2 août 1847.[1]

250. — Dans tous les cas, l'article 1184 ne régit que l'hypothèse d'une clause résolutoire tacite, on ne saurait donc y recourir si la convention porte expressément qu'elle sera résolue en cas de non livraison dans le délai fixé. Le droit de l'acheteur est acquis par le fait seul de l'expiration du délai, et la résiliation avec dommages-intérêts ne saurait lui être refusée.

Un arrêt de la Cour d'Aix, du 1er décembre 1818, juge le contraire, et admet que nonobstant la clause résolutoire expresse, le délai de la livraison peut être prorogé s'il y a cause légitime de le faire, mais à la charge par le vendeur de désintéresser l'acheteur de tout le préjudice que lui aura occasionné le retard.

251. — Ainsi la Cour d'Aix refuse la résiliation, mais accorde les dommages-intérêts. Ce tempérament peut couvrir l'intérêt de l'acheteur, mais est-il légal? Nous ne le croyons pas.

La clause résolutoire expresse impose au vendeur la responsabilité de l'événement qui motive l'inexécution,

[1] Feraud Giraud, *Jurisp. de la Cour d'Aix, V° Vente de marchandises*, n° 37.

de quelque nature qu'il soit. La Cour le reconnaît si bien que, malgré la légitimité de la cause, elle accorde des dommages-intérêts. Or ceux-ci ne sont que la conséquence de cette responsabilité. Dès-lors, si l'acheteur ayant besoin de la marchandise au temps convenu s'est remplacé, qu'elle justice y a-t-il de le contraindre à se surcharger et à accepter une chose qui lui est désormais inutile, qui lui deviendra onéreuse s'il ne trouve pas à la placer immédiatement, car le vendeur lui payera bien la différence entre le cours du jour où il livre, et celui du jour où il devait livrer, mais il ne répondra pas de la baisse qui pourra survenir pendant que la marchandise sera aux mains de l'acheteur. C'est là une chance dont celui-ci a voulu s'exonérer en stipulant la résiliation à défaut de livraison, et on ne peut la lui imposer sans méconnaître et violer la loi du contrat.

252. — De l'ensemble de l'article 1184, il résulte que le législateur considère la clause résolutoire sous-entendue comme facultative pour les tribunaux, pour la partie elle-même, qui a le choix entre la résolution et l'exécution.

En ce qui concerne celle-ci, la clause résolutoire expresse peut revêtir le même caractère, par exemple si après avoir stipulé la résiliation à défaut de livraison, le contrat réserve à l'acheteur le droit de renoncer à son bénéfice et d'exiger l'exécution.

En l'état d'une clause de cette nature, l'expiration du délai sans que la livraison ait été faite ou offerte n'entraîne pas *ipso facto* la résiliation du marché. Cet effet

n'est acquis que lorsque, usant du droit qu'il s'est reservé, l'acheteur aura déclaré vouloir en recueillir le bénéfice.

De là la conséquence que l'offre de livrer faite après cette expiration, mais avant que l'acheteur ait signifié sa volonté, serait bien obvenue, et créerait un obstacle invincible à toute résiliation ultérieure. C'est ce que la Cour d'Aix consacrait par arrêt du 4 mai 1841.[1]

253. — Dans l'hypothèse d'une clause résolutoire expresse, mais facultative pour l'acheteur, celui-ci ne peut-il poursuivre la résiliation qu'après avoir mis le vendeur en demeure de livrer? On a prétendu induire l'affirmative de l'obligation qui lui est faite de signifier sa volonté, et invoqué à l'appui un arrêt de la Cour de Rennes, du 20 février 1815.

Mais d'abord rien ne prouve que, dans l'espèce de cet arrêt, le traité renfermât la clause résolutoire expresse; en second lieu, la Cour déclare que si la livraison n'a pas eu lieu, c'est par la faute de l'acheteur qui n'avait pris aucune des mesures qui lui étaient imposées à l'effet de recevoir. Le refus de la résiliation était donc la conséquence naturelle et légitime de cette incurie. On pouvait donc raisonnablement exiger que, ces mesures étant prises, le vendeur en fût instruit, puisque jusque-là il avait été mis dans l'impossiblité de remplir son engagement.

En droit cependant la négligence de l'acheteur ne suffirait pas pour affranchir le vendeur de l'effet de la clause résolutoire expresse. On ne le considèrerait comme ayant

[1] *Bulletin des arrêts d'Aix*, année 1841, p. 270.

été en mesure de livrer que s'il avait offert de le faire, et sommé l'acheteur de venir recevoir, le tout avant l'expiration du délai.

Dès-lors et à plus forte raison ne pourrait-il exciper de ce que l'acheteur ne l'aurait pas mis en demeure de livrer. Celui-ci n'avait pas à le faire, il en était dispensé par le contrat qui, aux termes de l'article 1139 du Code Napoléon, constituait légalement la demeure, en déclarant que le marché serait résilié faute de livraison au temps fixé.

Voulut-on se soustraire à l'autorité de l'article 1139, qu'on retomberait sous l'empire de l'article 1146, disposant que toute mise en demeure est inutile lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

La doctrine exigeant la mise en demeure a donc le tort de faire abstration de ces deux dispositions. Elle méconnaît de plus l'article 1184 lui-même. En n'accordant au juge la faculté de proroger le délai que dans le cas d'une clause résolutoire tacite et sous-entendue, celui-ci exclut ce pouvoir dans l'hypothèse d'une clause résolutoire expresse. A quoi bon dès-lors l'utilité d'une mise en demeure, puisque la justice elle-même ne saurait suspendre l'effet de l'inexécution.

Mais, dit-on, la clause expresse a été modifiée dès que l'acheteur s'est réservé la faculté d'en répudier le bénéfice! De là on peut bien conclure, comme le faisait la Cour d'Aix dans son arrêt du 4 mai 1841, que l'offre de livrer faite après le délai, mais avant que l'acheteur ait signifié sa volonté, est regulière et valable, c'est-à-dire que cet ache-

teur est censé opter pour l'exécution tant qu'il n'aura pas déclaré qu'il entend résilier.

Mais si avant toute démarche de la part du vendeur il a notifié qu'il opte pour la résiliation, tout est dit et consommé, il a légalement exercé le droit que le contrat lui reconnaissait. Il avait d'autant moins à mettre le vendeur en demeure de livrer, qu'il refusait toute livraison en se prononçant pour la résiliation.

Donc la différence qu'on a cherché à établir entre la clause resolutoire expresse absolue, et celle qui est facultative, n'est pas dans le cas d'autoriser la conclusion qu'on veut en tirer. Elle se résume en ceci : que dans le premier cas la résolution est acquise de plein droit par l'expiration du délai et sans que l'acheteur ait à faire une déclaration quelconque; que, dans le second, il doit faire connaître son intention, jusque-là le contrat se soutient par la présomption que telle est la volonté de l'acheteur.

Mais cette présomption n'est plus possible en présence de la manifestation d'une volonté contraire. L'acheteur n'a donc qu'à faire connaître celle-ci, et non à demander une exécution qu'il répudie au contraire formellement. On ne saurait donc ni rationnellement ni légalement l'astreindre à une mise en demeure préalable, pas plus que si la clause résolutoire expresse étant pure et simple, la résiliation s'operait par la seule force de la loi.

Sans doute la justice aura à intervenir dès que le vendeur contestera, mais son office se restreint à rechercher s'il y a réellement inexécution ; si elle est le fait du vendeur ou de l'acheteur ; si celui-ci n'a pas renoncé à s'en prévaloir. Nous venons de voir ces questions s'agiter de-

vant les Cours de Bordeaux, d'Aix, de Rennes. Nul doute que leur solution puisse faire repousser la demande en résiliation et maintenir la vente. On comprend donc la nécessité et l'opportunité d'un recours aux tribunaux, qui peuvent seuls d'ailleurs déterminer le chiffre des dommages-intérêts.

Mais le maintien de la vente, possible dans les hypothèses que nous venons d'énoncer, ne l'est plus s'il est acquis qu'il y a inexécution; qu'elle est imputable au vendeur seul; que l'acheteur n'a jamais ni expressément, ni tacitement renoncé à s'en prévaloir; les juges ne pourraient plus le consacrer sans méconnaître le contrat et violer ouvertement l'article 1134 du Code Napoléon.

254.—L'article 1610 du même Code, prévoyant le cas où la résiliation serait préjudiciable à l'acheteur, l'autorise non-seulement à contraindre l'exécution de la vente, mais encore à demander d'être mis en possession de la chose qui en faisait l'objet.

Le jugement qui ordonne cette mise en possession tient lieu de la délivrance que le vendeur aurait dû faire et qu'il n'a pas faite. Son exécution peut être ordonnée à peine du payement d'une somme plus ou moins forte par chaque jour de retard, et contrainte *etiam manu militari*, car ce n'est plus ici une obligation de faire se résolvant en dommages-intérêts, il s'agit d'une obligation de donner qui doit s'accomplir par la dépossession réelle du vendeur.[1]

[1] Troplong, n° 293.

C'était là la conséquence forcée du caractère et des effets légaux de la vente. Puisque la propriété de la chose vendue est transférée dès qu'il y a concours des volontés sur la chose et sur le prix, le vendeur qui conserve cette chose en sa possession après le moment où il devait s'en dessaisir, n'est plus que le détenteur illégitime de la propriété d'autrui. On ne saurait donc l'autoriser à la conserver contre la volonté de celui à qui elle appartient, quand bien même il offrirait de le désintéresser pécuniairement.

255. — Ce fondement du droit d'être mis en possession en réduit forcément l'exercice au cas où l'identité de la chose ne peut faire surgir ni difficultés ni doutes. C'est ce qui ne manquera pas de se réaliser dans la vente immobilière. Dans les ventes mobilières, dans celles entre commerçants surtout, cet exercice ne pourra avoir lieu que lorsqu'il se sera agi d'un corps certain et déterminé au moment du contrat.

Comment concevoir, en effet, une mise en possession, lorsque l'objet de la vente n'est déterminé que par son espèce ou que par son espèce et sa qualité, par exemple un cheval de tel haras ou de telle écurie, cinquante balles de laine, cinq cents hectolitres blé, etc.

Une vente de cette nature, parfaite quant aux droits et obligations qui en naissent, laisse la chose nécessairement incertaine jusqu'à la livraison, au pesage, comptage ou mesurage. La propriété n'a pas cessé jusque-là de résider sur la tête du vendeur.

Le défaut de détermination de la chose excluant toute

idée de propriété chez l'acheteur est donc un obstacle invincible à toute prétention de mise en possession réelle et effective. Cependant, il lui est dû compte de l'inexécution du contrat dont il peut dès-lors demander la résiliation avec dommages-intérêts. Ceux-là se composent naturellement de la différence entre le prix convenu au contrat et le cours du jour où la livraison devait être effectuée.

256. — On peut cependant prévoir que cette différence n'indemnisera pas toujours l'acheteur du préjudice que lui cause l'inexécution, par exemple si, comptant sur la marchandise promise, il avait vendu lui-même à livrer à une époque postérieure à celle où il devait recevoir. Il serait donc obligé de se pourvoir ailleurs, mais la hausse depuis survenue rendrait la différence qui lui est due insuffisante pour le couvrir de celle qu'il aurait à payer.

Il ne pouvait pas être que le tort de son vendeur devînt pour lui l'origine d'un préjudice plus ou moins considérable. Au lieu donc de poursuivre la résiliation de la vente, il en demandera l'exécution, et à défaut d'une mise en possession impossible, il se fera autoriser à se remplacer aux frais et risques du vendeur.

257. — Cette faculté n'a en principe soulevé aucune objection ni excité la moindre controverse en doctrine et en jurisprudence. Quelques difficultés ont seulement surgi relativement au cas où elle doit être accordée, et aux conséquences qu'elle peut et doit produire. L'ache-

cheteur est-il recevable à en revendiquer le bénéfice si, s'agissant d'une marchandise devant être importée d'un lieu désigné à celui du marché, l'exportation en a été prohibée par le gouvernement du pays?

Cette question trouve sa solution dans la nature du marché. Si la livraison a été subordonnée à l'arrivée du ou des navires devant charger au lieu de production, il n'existe qu'un marché à livrer conditionnel, et la prohibition d'exportation qui a empêché le chargement rend l'inexécution la conséquence d'une force majeure.

Dès-lors, non-seulement il n'y aurait pas lieu à autoriser le remplacement, mais encore à allouer des dommages-intérêts. La vente serait purement et simplement résiliée sans indemnité en faveur ou contre aucune des parties.

On ne pourrait admettre le contraire que si le ou les navires qui devaient porter la marchandise, étant sortis avant la défense d'exportation, avaient pu charger la marchandise et ne l'avaient pas fait. La résiliation du marché serait la conséquence, non de cette défense, mais du défaut de chargement; et celui-ci, constituant le vendeur en état de faute, le rend responsable de ses conséquences.

Si le traité est un marché ferme, la prohibition d'exporter n'exercerait aucune influence sur son exécution. L'obligation prise par le vendeur de livrer au temps convenu est absolue; vainement se prévaudrait-il de ce que le traité indiquerait la provenance de la chose vendue. Cette indication, disait le tribunal de Marseille, appelé à résoudre notre question, est alors employée moins pour désigner le lieu d'où la chose doit arriver, que pour dé-

terminer sa qualité. En conséquence et par jugement du 20 avril 1847, il repousse l'exception de force majeure tirée de la défense d'exportation, et autorise l'acheteur à se remplacer.[1]

258. — Le remplacement ne peut s'exercer que par l'achat d'une chose en tout pareille à celle que le vendeur avait promise. Mais cette chose peut ne pas exister sur la place. Devra-t-on dans ce cas refuser la demande de l'acheteur?

Non, répond le tribunal de commerce de Marseille. Rien ne peut annihiler le droit de l'acheteur de poursuivre l'exécution du marché, dès-lors il doit être autorisé à se remplacer en une qualité similaire.

Dans l'espèce, le traité portait sur des sucres d'Egypte d'une qualité convenue au type n° 10. Le jugement décide qu'à défaut de sucres d'Egypte, l'acheteur se remplacera par des sucres d'une autre provenance dans le type n° 10.[2]

259. — Le remplacement a pour effet de mettre à la charge du vendeur en demeure de livrer la différence entre le prix du contrat et celui auquel l'acheteur s'est ramplacé. A quelque époque qu'il ait été opéré, et quoi qu'il en ait coûté, ce dernier doit être remboursé de cette différence. En laisser une part quelconque à sa charge, ce serait attenter à son droit, le méconnaître et

[1] *J. de Marseille*, t. 26, 1, 146.
[2] 6 novembre 1855. *Ibid*, t. 35, 1, 348.

le violer. Le remplacement est le maintien et l'exécution du contrat, il doit donc être ce que celle-ci aurait été, c'est-à-dire que la chose vendue doit arriver en la possession de l'acheteur sans qu'il soit tenu de la payer une obole de plus que le prix promis et accepté.

Dès-lors, la hausse survenue dans l'intervalle du jour de l'exigibilité de la livraison à celui du remplacement est à la charge du vendeur; ce qu'il doit, en effet, c'est non la valeur au jour où il devait livrer, mais le remboursement intégral de ce qu'il en a coûté pour opérer le remplacement.

260. — Le tribunal de commerce de Marseille, qui avait d'abord jugé dans ce sens, avait cru devoir plus tard revenir de cette jurisprudence. En conséquence et par jugement du 11 décembre 1840, il avait réduit l'obligation du vendeur au payement de la différence entre le prix convenu et le cours du jour auquel la livraison devait s'opérer.

Cela eût été parfaitement juridique si, comme le prétendait le vendeur, la vente eût dû être résiliée avec dommages-intérêts, mais, usant de son droit, l'acheteur en exigeait l'exécution. Or, la conséquence inévitable de celle-ci n'était-elle pas la possession par le vendeur de la chose vendue au prix qu'il s'était engagé de payer. Pouvait-il se faire que la résistance illégitime du vendeur l'obligeât à payer plur cher ?

261. — Le jugement consacrait donc un principe dont il condamnait les conséquences, c'est ce que de-

vant la Cour d'Aix lui reprochait l'appelant, qui se plaignait avec raison de ce qu'en reconnaissant son droit, on lui déniait les moyens de le faire sortir à effet.

Le tribunal, ajoutait-il, a violé la loi en n'accordant pas les dommages-intérêts dans la limite qu'elle trace. Ces dommages-intérêts devant comprendre la perte éprouvée et le gain dont on a été privé, doivent nécessairement se composer de la différence totale entre le prix du remplacement et celui porté dans le traité. C'est ainsi que le tribunal le jugeait lui-même le 18 janvier 1839.[1]

Ces considérations devaient prévaloir et prévalurent en effet. Par arrêt du 13 mai 1841, la Cour réforme le jugement sur ce chef :

« Attendu que toute personne est tenue à la réparation entière du dommage qu'elle a occasionné ;

« Que si, dans l'espèce, le vendeur avait acquiescé à la demande de l'acheteur et n'eût pas prolongé, par sa résistance, la privation que ce dernier a éprouvée de la marchandise par lui acquise, le règlement quant à la différence du prix se serait naturellement opéré, conformément à l'article 1610 du Code Napoléon, sur le prix du jour où la livraison devait être faite et où la demande avait été réalisée ;

« Mais attendu que la résistance du vendeur, le temps qu'elle a pris pour en faire apprécier le fondement ayant exposé l'acheteur au préjudice que peut lui causer l'attente prolongée de sa marchandise, celui qui avait promis

[1] *J. de Marseille*, t. 18, 1, 96.

de la lui livrer, et qui ne remplit pas son engagement, doit le relever de tout préjudice souffert par suite de ce retard. »[1]

Indépendamment de son caractère juridique au point de vue de l'article 1382 du Code Napoléon, cette solution puise un fondement rationnel dans cette considération : le remplacement n'est jamais demandé et autorisé que faute par le vendeur d'avoir livré lui-même dans le délai qui lui est imparti. Le vendeur est donc tout d'abord condamné à faire cette livraison. Or, supposez qu'obéissant à la condamnation il l'ait exécutée, il aura donné la valeur au cours actuel, soit que, fournissant une marchandise déjà en sa possession, il se soit interdit le moyen de la vendre à ce cours, soit qu'obligé de se la procurer, il ait lui-même payé ce cours.

Peut-il être qu'il puisse faire sa condition meilleure, uniquement parce qu'il a résisté à la justice et refusé d'exécuter ses mandements. Accorder ainsi une prime à une pareille conduite, ce serait l'encourager, la rendre en quelque sorte inévitable contre toutes les exigences de l'ordre social, de la dignité de la justice.

Tout se réunit donc pour recommander la solution de la Cour d'Aix. Le remplacement que l'acheteur fera, à défaut de livraison de la part du vendeur, doit avoir pour celui-ci les conséquences qu'entraînerait cette livraison.

262. — Le principe que l'inexécution du contrat par

[1] *Ibid*, t. 20, 1, 83.

le vendeur ne saurait lui profiter résout la question dans l'hypothèse inverse de celle que nous venons d'examiner, à savoir : celle où au moment du remplacement la marchandise est en baisse relativement au cours du jour où la livraison devait s'opérer.

Cette baisse, en vue de laquelle le vendeur a refusé de remplir ses engagements, serait préjudiciable à l'acheteur s'il devait en subir les effets. Sans doute il avait le moyen d'y échapper en faisant résilier le contrat avec dommages-intérêts, mais elle peut n'être survenue qu'après l'introduction de l'instance en remplacement, que postérieurement au jugement qui l'a consacrée. L'acheteur devra-t-il en subir fatalement les conséquences?

La raison et les principes protestent contre une solution affirmative. La loi et la justice ne pouvaient autoriser le vendeur à se faire un titre de sa déloyauté, ni refuser à l'acheteur la position que lui eût faite la fidèle exécution du contrat.

Dans notre hypothèse donc le remplacement se fera par différence, alors même que le vendeur offrirait et réaliserait la livraison en nature. Il devrait dès-lors tenir compte de la différence entre le prix du marché et celui que la marchandise valait le jour où elle aurait dû être livrée.

Cette conséquence puise son fondement légal dans l'article 1611 du Code Napoléon, le remplacement équivaut à la mise en possession. Or, aux termes de cet article, celle-ci n'excepte pas le vendeur de l'obligation d'indemniser l'acheteur du préjudice qu'il éprouve du refus ou du retard de la livraison.

Que, dans notre hypothèse, l'acheteur éprouve un préjudice, c'est ce qui ne saurait être méconnu ni contesté. S'il eût reçu la chose achetée au jour où elle devait lui être remise, il pouvait en la revendant réaliser un bénéfice. Au lieu de celui-ci, il subira une perte peut-être sur son prix d'achat. Or, absence de profit ou perte, le résultat est le même, le préjudice est certain.

Dès-lors, son droit à en être indemnisé est acquis; consacré par la loi, il ne pourrait être dénié par la justice.

263. — C'est ce que le tribunal de Marseille a consacré dans maintes circonstances, et notamment les 11 et 15 juillet 1836, admettant en principe que le vendeur qui, sur la demande en remplacement, offre de livrer, est tenu, soit qu'il réalise cette offre, soit qu'il ne l'exécute pas, de bonifier à l'acheteur, à titre de dommages-intérêts, la différence de prix qui peut exister par suite de la variation subie par la marchandise.[1]

Ainsi, dans l'espèce du jugement du 11 juillet, la livraison ayant été réalisée, le tribunal établit la différence à la charge du vendeur sur le prix courant en hausse à l'époque où la livraison aurait dû être faite, relativement au prix courant en baisse à l'époque où elle s'était réalisée.

Dans l'espèce du jugement du 15 juillet, la livraison étant encore à faire, le tribunal déclare que la différence sera réglée sur le cours au jour où elle aura lieu, com-

[1] *J. de Marseille*, t. 16, 1, 84 et 89.

paré avec ce que valait la marchandise à l'époque où elle devait être livrée.

264. — On peut juger par là l'intérêt que l'acheteur peut avoir à demander à se remplacer. Cet intérêt est évident. Dès qu'au jour convenu pour la livraison, le prix de la marchandise est supérieur à celui du contrat, c'est ce prix supérieur qui lui est acquis lorsque depuis une baisse est venue le modifier ; et si la hausse l'a encore élevé, il en profitera, puisque par le remplacement il obtiendra la chose achetée en espèce et quantité, sans avoir rien à ajouter à ce qu'il à promis de payer.

Cette doctrine, on le voit, fait la plus complète abstraction des convenances et de l'intérêt du vendeur, et c'est avec juste raison. On ne pouvait lui permettre, au mépris du contrat, d'améliorer sa position au détriment de l'acheteur ; il fallait que l'inexécution qu'il se permet pût lui nuire, lui profiter jamais. Ce résultat n'a rien d'exorbitant et de regrettable, il ne peut que déterminer la loyale exécution des marchés, et, à ce titre, il se recommandait à la sollicitude des tribunaux.

265. — Le tribunal de commerce de Marseille a été dernièrement appelé à statuer, en matière de remplacement, sur une question du plus haut intérêt pour les commissionnaires, celle de savoir si celui qui d'ordre d'un commettant a vendu à livrer à une époque convenue, peut, à la nouvelle de la déconfiture de celui-ci, avant l'expiration du délai, racheter, sans mise en demeure ni autorisation de la justice, une quantité égale à

celle qu'il a vendue, pour s'exonérer des éventualités que cette déconfiture lui fait craindre ?

Le jugement consacre l'affirmative. Ses motifs s'enchaînent si bien les uns avec les autres, ils exposent si nettement le fait et résolvent le droit avec une précision et une justesse telles que nous croyons devoir les transcrire.

« Attendu, en fait, que dans les premier jours du mois de mai 1857, les sieurs Francesco Mayer et Cie, de Venise, ont donné ordre de vendre pour leur compte 11200 hectolitres blé lombard-vénitien aux sieurs Condamin fils et Vian, à Marseille; qu'en exécution de cet ordre, ceux-ci ont vendu, sous leur nom personnel, la quantité ci-dessus, savoir : 8000 hectolitres, le 19 mai, et 3200 le 15 juin suivant, à livrer par navire à désigner du premier à fin novembre, et dont l'arrivée était fixée à fin décembre ;

« Attendu que les sieurs Condamin fils et Vian, déjà créanciers de Mayer et Cie de sommes importantes provenant d'opérations antérieures, aussi de commissions, ayant appris par le sieur Lévy, leur agent à Venise, que leurs débiteurs avaient laissé protester les traites fournies sur eux et allaient suspendre leurs payements, se sont, dès la réception de cet avis, empressés d'écrire au sieur Lévy, et sous la date du 3 juillet, pour lui donner l'ordre de faire signifier, par huissier, à Mayer et Cie qu'ils allaient racheter les 11200 hectolitres blé pour leur compte et à tous prix, sauf le cas où ces derniers verseraient de suite la somme de 20,000 fr. à titre de garantie, ou donneraient caution de banque;

« Attendu qu'en réponse à cet ordre, le sieur Lévy donna connaissance aux sieurs Condamin fils et Vian de la cessation de payements de Mayer et Cie et de leur disparution de leur domicile, ainsi que de la mesure de rigueur qu'il avait cru convenable de prendre en arrêtant les passeports du sieur Mayer à la police ; qu'en outre les créanciers s'étant réunis chez l'un d'eux, il était malheureusement certain qu'il n'y aurait rien pour personne ;

« Attendu que c'est sur de pareilles nouvelles dont la réalité est pleinement justifiée, que Condamin fils et Vian, créanciers de 23,227 fr. 20 c. montant du compte-courant avec Mayer et Cie, et dès-lors justement alarmés de leur état de déconfiture, crurent ne pas devoir rester plus longtemps exposés aux éventualités et aux conséquences possibles de leur marché de 1,200 hectolitres blé lombard-vénitien ; qu'à cet effet, ils firent traiter par courtier impérial du rachat des blés, et le réalisèrent le 6 juillet avec la maison Aquaronne, Porro et Cie; qu'ils donnèrent ensuite ordre au sieur Lévy de signifier ce remplacement à Mayer et Cie d'une manière légale, et écrivirent eux-mêmes, le 7 juillet, à ces derniers, pour leur en donner connaissance ;

« Attendu que Mayer et Cie laissèrent d'abord sans protestation la notification qui leur fut faite au requis du sieur Lévy par voie de notaire, et que ce n'est que par la lettre du 12 juillet, timbrée par la poste du 15, que, répondant à celle du 7, de Condamin fils et Vian, ils déclarent à ceux-ci qu'ils n'avaient tenu aucun compte de la communication faite par Lévy, du remplacement arbitraire qui avait été opéré, ni de l'avis donné par les

sieurs Condamin fils et Vian eux-mêmes, qui n'avaient pas la faculté de faire ce rachat; qu'ils ne le reconnaissaient donc pas, et protestaient au contraire à cet égard, le considérant comme non-avenu, et se réservant de les couvrir ou faire couvrir à Marseille en temps voulu pour la vente des blés dont s'agit;

« Attendu qu'en exécution de cette réserve Mayer et Cie ont fait prévenir Condamin fils et Vian, le 6 août dernier seulement, que les sieurs Féraud d'Honnorat et Cie auraient à effectuer la désignation des navires et la livraison des blés vendus contre payement comptant; qu'en effet les sieurs Féraud d'Honnorat, d'ordre et pour compte de Mayer et Cie, ont désigné les navires les 16, 20 et 30 novembre, avec offre de livrer les quantités vendues ;

« Attendu qu'à ces diverses offres, Condamin fils et Vian ont répondu par un refus formel de les accepter, prétendant n'être pas tenus à raison du remplacement par eux effectué en achetant des sieurs Aquaronne, Porro et Cie, et signifié en temps utile à Mayer et Cie;

« Attendu que c'est en l'état de ces faits que le débat s'est engagé; qu'il s'agit donc de savoir si, par suite de la déconfiture de leurs commettants, et des justes craintes qu'elle a dû leur inspirer, Condamin fils et Vian ont été en droit de s'exonérer des éventualités de leurs marchés par le rachat dont s'agit, ou si, au contraire, Mayer et Cie peuvent exiger l'annulation de ce rachat comme arbitrairement fait, et l'exécution par les sieurs Féraud d'Honnorat du marché contracté par Condamin fils et Vian en leur nom personnel;

« Attendu qu'il est constant et notoire que lorsque

Condamin fils et Vian ont cru devoir se couvrir de la vente des 11200 hectolitres blé lombard-vénitien, effectuée sous leur nom, pour compte de Mayer et Cie, ces derniers se trouvaient dans un état de complète déconfiture, que les défendeurs, à qui leur agent de Venise en avait donné avis, ainsi que de la disparution même du sieur Mayer, ont dû naturellement concevoir de justes craintes sur leur situation, en se trouvant dès-lors en présence d'un commettant qui ne pouvait plus être en mesure de les couvrir des obligations personnelles qu'ils avaient contractées; que leur opinion à cet égard était fondée, puisque aujourd'hui l'état de déconfiture complète où étaient tombés Mayer et Cie subsiste encore et résulte soit des arrangements pris par ces derniers avec quelques-uns de leurs créanciers, et des sacrifices que ceux-ci se sont imposés, soit de ce que actuellement ils n'ont pas même pris des arrangements avec tous leurs créanciers, notamment avec Condamin fils et Vian, à qui ils doivent une somme importante.

« Que ces derniers se sont donc réellement trouvés en face d'un péril imminent, soumis qu'ils étaient à toutes les éventualités défavorables de leur marché; que les lois d'une louable prudence leur faisaient alors un devoir de s'exonérer immédiatement de la responsabilité qui leur incombait, ce qu'ils ont fait par le remplacement opéré, en achetant des sieurs Aquaronne, Porro et Cie, la même quantité blé lombard qu'ils avaient vendue;

« Attendu que vainement Mayer et Cie opposent-ils qu'une fois engagés dans le mandat, Condamin et Vian ne pouvaient s'en dégager et devaient continuer et me-

ner à fin l'opération commencée, et qu'un mandataire ne doit agir que conformément aux ordres de son mandant; qu'il en est ainsi, sans doute, lorsque le mandataire s'écarte sans motifs des ordres reçus; mais qu'il n'en saurait être de même dans l'espèce où la conduite de Condamin et Vian se justifie par le danger où ils étaient placés sans aucune chance de garantie pour l'avenir, par suite du changement d'état de leur commettant;

« Attendu que la loi elle-même a prévu le cas spécial dans lequel Condamin et Vian se sont trouvés;

« Qu'en effet, aux termes de l'article 2003 du Code Napoléon, le mandat prend fin par la déconfiture du mandant, celui-ci ayant perdu toute confiance et tout crédit; que le mandataire est donc délié pour l'avenir; que de plus, d'après l'article 2007, même Code, ce dernier peut toujours renoncer au mandat alors qu'il éprouverait un préjudice considérable en le continuant;

« Que ces principes du droit civil sont aussi applicables à la commission, ainsi que l'enseignent les auteurs les plus recommandables;

« Qu'ainsi, en faisant une juste application de ces dispositions de la loi à la cause, la déconfiture des sieurs Mayer et Cie ayant fait prendre fin au mandat donné à Condamin fils et Vian, ceux-ci ont été en droit de renoncer à toutes les charges et à tous les risques qui en dérivaient et qui pesaient sur eux personnellement, puisqu'ils n'avaient consenti à les assumer qu'en considération de la position antérieure de leurs commettants, et des sécurités qu'elle leur présentait; que cette position se trouvant changée par le fait de ces derniers, Con-

damin fils et Vian, réciproquement, devaient être dès cet instant fondés à faire cesser les effets de leur mandat de commissionnaire, en sortant de la situation périlleuse où les plaçait l'obligation de livrer en décembre une quantité considérable de blés qu'ils savaient n'être pas en la possession de leurs commettants, dont l'insolvabilité ne permettait pas de penser qu'il leur fût possible de faire aucune livraison ;

« Qu'en cet état, le seul moyen utile pour les commissionnaires consistait dans celui qu'ils ont adopté, c'est-à-dire leur libération par le rachat à forfait de leur propre marché ;

« Attendu que Mayer et Cie ne peuvent prétendre sérieusement qu'ils auraient dû être mis légalement en demeure ; qu'en admettant que cette mise en demeure eût été réalisée, il est certain et manifeste aujourd'hui qu'elle n'eût amené aucun résultat, puisque à cette époque leur déconfiture était complète ; qu'elle n'a point encore cessé, et ne présente ni ressources, ni actif pour les créanciers ; qu'ils n'auraient donc pu donner aucune garantie quelconque, et qu'une mise en demeure eût été ainsi un acte parfaitement inutile ;

« Que même cette impuissance, où ils étaient de donner une garantie, résulte de leur conduite ; qu'en effet, lorsque la notification du remplacement leur a été faite, et que Condamin et Vian eux-mêmes leur en ont donné avis, au lieu de se borner à une protestation pure et simple, ils l'auraient accompagnée, s'ils avaient été en état de le faire, et comme c'était leur devoir, par des offres de garanties suffisantes ; qu'ainsi, en fait, le défaut de

mise en demeure n'a pu être préjudiciable aux demandeurs ;

« Attendu qu'en principe même, un mandataire ou commissionnaire ne pourrait être toujours tenu de mettre son mandant ou commettant en demeure ; qu'il est, en effet, des cas exceptionnels, dont l'appréciation appartient aux tribunaux, où cette formalité ne doit pas être considérée comme nécessaire ; qu'ainsi le commissionnaire peut être dispensé de toute mise en demeure si, comme dans l'espèce, le commettant résidant à l'étranger, cette formalité comportait des délais incompatibles avec l'urgence de la situation, et pendant lesquels le péril qu'elle avait pour but de détourner devait s'accomplir ;

« Qu'une semblable décision est conforme au véritable esprit de la loi et à l'intérêt bien entendu du commerce de la commission ; que vouloir toujours astreindre le commissionnaire à notifier préalablement la renonciation, ce serait, dans certaines hypothèses, le condamner à une ruine assurée ;

« Attendu que c'est vainement encore qu'on reprocherait à Condamin et Vian de ne s'être pas adressé à la justice pour obtenir d'elle l'autorisation de se remplacer ; que leur position à l'égard de leurs commettants n'en aurait pas été modifiée ; qu'en effet, les jugements rendus sur requête, sans contradiction, en l'absence et à l'insu de la partie intéressée à s'y oppòser, n'ont par eux-mêmes aucune force judiciaire, et ne peuvent être rendus qu'à titre consultatif en quelque sorte ;

« Attendu que depuis leur déconfiture, Mayer et Cie

n'ont jamais pu personnellement exécuter le marché passé par Condamin fils et Vian; que si aujourd'hui les sieurs Féraud d'Honnorat et Cie viennent offrir des blés, en exécution dudit marché, ce n'est que parce que le prix du blé a subi depuis lors une baisse notable, mais qu'ils n'ont jamais fait une pareille offre lorsque la vente avait encore des éventualités de perte; que par conséquent elle doit être considérée comme tardive et non-avenue;

« Attendu enfin, qu'en l'espèce le droit, l'équité et la justice sont en faveur des sieurs Condamin fils et Vian. »

Nous n'avons pas reculé devant l'étendue de ce monument de jurisprudence. Son caractère éminemment juridique exigeait qu'il fût connu dans son ensemble. Ajoutons que, frappé d'appel, la Cour d'Aix le confirmait, le 19 mai 1558, avec adoption pure et simple des motifs.[1]

Ainsi, le commissionnaire commerçant, qui a pris en son nom des engagements d'ordre et pour compte d'un tiers, est fondé, si dans l'intervalle celui-ci tombe en déconfiture, à liquider immédiatement son opération et à se mettre ainsi à couvert des chances dont il est menacé. Il le peut sans être obligé soit de mettre ce tiers en demeure, soit de se faire autoriser par la justice, parce que le commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite; qu'il est dès-lors non-seulement impuissant, mais encore légalement incapable de remplir les enga-

[1] *Bulletin des arrêts de la Cour d'Aix*, an 1858, p. 227.

gements pris pour son compte, parce que le mandat accepté par le commissionnaire est de plein droit révoqué par la faillite, et que tout ce qui serait fait pour son exécution, depuis la connaissance de la cessation de payement, ne pourrait valoir contre la masse. Les marchés faits par le commissionnaire, en son nom propre et personnel, restent donc à ses risques et périls, et rien ne peut s'opposer à ce qu'il se précautionne contre leurs éventualités.

266. — L'acheteur qui a opéré lui-même le remplacement, faute de livraison de la part du vendeur, doit être remboursé du prix dont il justifie le payement, par traités passés par l'intermédiaire de courtiers. L'offre que ferait le vendeur de payer sur la mercuriale ne serait ici ni satisfactoire ni admissible.

On sait, en effet, que le prix courant officiel ne représente qu'une moyenne établie sur les variations du cours pendant la durée de chaque marché. Qu'on recoure à ce prix courant lorsqu'il s'agit d'une opération non consommée, c'est rationnel et juste. L'achat, s'il eût été opéré à l'époque où il devait l'être, pouvait être contracté au plus bas comme au plus haut cours, et cette incertitude appelle et justifie un règlement par moyenne qui, tenant compte de l'un et de l'autre, concilie et sauvegarde tous les intérêts.

Mais lorsqu'il s'agit d'un marché recevant son exécution actuelle et immédiate, on ne peut plus se demander à quel prix il eût pu être contracté, il n'y a plus à rembourser que le prix qu'il en a réellement coûté, qu'il

soit supérieur ou inférieur à la moyenne ayant servi de base au cours officiel.

267. — S'en suit-il que l'acheteur sera fondé à se faire rembourser intégralement, alors même qu'il aurait payé la marchandise fort au-delà de ce qu'elle valait le jour où il s'est remplacé? Non, disait la Cour d'Aix, dans un arrêt du 31 mai 1858. L'acheteur autorisé à se remplacer est en quelque sorte appelé à gérer l'affaire d'autrui, et doit apporter à cette gestion tous les soins qu'il aurait apporté à sa propre chose. Dès-lors, il doit s'enquérir du cours de la place et ne pas dépasser les prix auxquels se faisaient alors les achats de la marchandise convenue; s'il est juste de ne pas s'en tenir au cours moyen établi par le syndicat des courtiers, puisque ce cours n'est déterminé que fictivement, eu égard à des affaires faites réellement à des prix plus bas et plus élevés, on ne saurait admettre des prix qui s'en écarteraient trop, bien que justifié par traité de courtiers, parce que, en supportant un pareil écart, l'acheteur a montré, dans l'acceptation des conditions que lui faisaient les nouveaux vendeurs, une facilité tellement excessive qu'il ne peut en faire retomber les conséquences sur celui aux risques de qui se faisait le remplacement.[1]

Ainsi, on ne pourra pas objecter à l'acheteur qui se serait remplacé, soit au commencement, soit à la bourse, qu'il aurait traité à meilleur prix s'il se fût moins ou plus hâté; mais s'il l'a fait à un prix supérieur ou plus élevé

[1] *Ibid*, p. 241.

que celui payé pendant toute la durée de la bourse, on pourrait laisser à sa charge soit ce qui excèderait celui-ci, soit tout autre partie que les juges croiraient convenable de lui faire supporter.

268. — L'obligation pour le vendeur de livrer à l'époque convenue ne comporte d'autre exception dans la vente au comptant, que celle tirée du défaut de payement actuel et immédiat du prix convenu. Celui qui vend de cette manière a suffisamment manifesté son intention de ne donner la chose qu'en recevant le prix, et rien ne saurait le contraindre à renoncer au bénéfice de cette condition, que l'acheteur a d'ailleurs formellement acceptée

Toute prétention de sa part, tendant à revenir sur son obligation ou à la modifier, ne serait ni recevable ni fondée, il ne pourrait par exemple, s'il n'offrait qu'une partie du prix, exiger une livraison proportionnée à son montant. La vente qui porte indivisément sur une quantité convenue et déterminée est indivisible dans son exécution, et le vendeur, se retranchant derrière les accords et la stipulation du contrat, a toujours le droit de répondre fièrement, *sint ut sunt aut non sint.*

Ce droit absolu ne recevrait aucune atteinte même par la mort de l'acheteur. Ses héritiers ne pourraient prétendre que, tenu pour sa part et portion seulement, chacun d'eux peut, en offrant cette part du prix, exiger la délivranco proportionnelle de la chose vendue, alors même que sa divisibilité ne pourrait être méconnue.

269. — Dans la vente à terme pour le payement, le

vendeur ne saurait faire de sa réalisation la condition de la livraison. Il doit opérer celle-ci, quelque éloignée que puisse être l'époque de l'exigibilité du prix ; il ne pourrait s'en dispenser que dans les cas prévus par les articles 1613 du Code Napoléon, c'est-à-dire que si depuis la vente l'acheteur était tombé en faillite ou en état de déconfiture.

Il n'était en effet ni rationnel ni juste de contraindre le propriétaire à se dessaisir de sa chose, alors que le changement d'état survenu depuis le contrat le met en danger imminent de perdre le prix. Les choses n'étant plus ce qu'elles étaient au moment de la vente, le vendeur a le droit de revenir de la confiance qu'il avait témoignée, et de subordonner la livraison sinon au payement actuel du prix, au moins à un cautionnement qui en garantisse la réalisation à l'échéance.

L'article 1613 du Code Napoléon est plutôt démonstratif que limitatif ; s'il exige que la faillite ou la déconfiture soit survenue depuis la vente, c'est que la loi ne doit prévoir que ce qui se réalisera le plus ordinairement. Or, comment supposer qu'on vendra avec terme pour le payement à celui qui serait déjà en faillite ou en déconfiture.

Si un pareil fait se réalisait, c'est que probablement l'acheteur aurait laissé ignorer sa position réelle, qu'il l'aurait dissimulée ; c'est que par des apparences habilement ménagées il aurait inspiré une confiance que la connaissance de la vérité eût fait inévitablement refuser.

Pourrait-il, se prévalant de la lettre de la loi, contraindre le vendeur à réaliser la livraison sous prétexte que

son insolvabilité existait avant la vente? Les plus simples notions de l'équité et du droit protestent contre l'affirmative, qui consacrerait le mensonge et la ruse.

Donc, le vendeur qui traite avec un déconfit ou un failli dans l'ignorance de sa position, et qui découvre la vérité avant d'avoir opéré la livraison, sera recevable et fondé à se prévaloir de l'article 1613, et à ne se dessaisir que sur une caution pour la sûreté du prix stipulé.[1]

Pour un commerçant, la déconfiture pourra être facilement établie, car elle s'annoncera par des faits sur la signification desquels il sera impossible de se méprendre, des refus de payements, des protêts, des poursuites en justice, un atermoyement. Or, l'article 1613, en limitant l'exception au cas de déconfiture ou de faillite, en a suffisamment déterminé le caractère, elle n'est acquise que si l'imminence du danger que courrait le vendeur ne saurait être ni méconnue ni sérieusement contestée.

Des craintes vagues, des rumeurs sourdes sans fondement apparent et réel ne suffiraient donc pas pour autoriser le recours à l'article 1613 et en motiver l'application.

Au reste, l'exception autorisée par lui est d'une nature fort délicate en matière commerciale. Reprocher à un négociant un état de déconfiture, c'est compromettre son existence, lui faire perdre tout crédit et le condamner fatalement à la faillite. On ne saurait donc, en pareille matière, agir avec trop de prudence et de circonspection, ne fut-ce que pour échapper à la nécessité de réparer

[1] Paris, 30 ventôse an XI. Troplong, n° 315.

l'immense préjudice que causerait une accusation imméritée et légèrement articulée et soutenue.

270.—L'unique but du législateur, dans l'article 1613, a été d'autoriser le vendeur à conjurer le danger de non-payement résultant de l'insolvabilité désormais certaine de l'acheteur. Or, ce but n'exigeait pas la résiliation du contrat, qui n'était rationnelle et juste que s'il ne pouvait être atteint autrement.

Or, quelle que soit la position réelle de l'acheteur, le danger a cessé pour le vendeur dès que le payement à l'échéance est garanti par une caution rescéante et solvable. L'offre de cette caution pourrait bien soulever des difficultés quant à son caractère et à sa solidité, mais celle-ci admise ou reconnue, le vendeur ne serait ni recevable ni fondé à persister dans son refus de livrer.

Ainsi la déconfiture de l'acheteur, eût-elle motivé une déclaration de faillite, ne résilie pas les achats antérieurement contractés. Dans la dernière hypothèse, la masse, substituée au failli, jouirait du droit qu'il aurait pu exercer lui-même, c'est-à-dire que les syndics pourront faire maintenir le marché, en contraindre l'exécution en donnant caution pour la garantie du payement à l'échéance du terme convenu, c'est ce que la Cour de Bordeaux décidait avec raison par arrêt du 16 juillet 1840.[1]

271. — L'article 1613 consacre en réalité, en faveur du vendeur, un droit de rétention en cas de déconfiture

[1] *J. D. P.*, 2. 1840, 363.

ou de faillite de l'acheteur. De là cette conséquence que son bénéfice ne saurait être invoqué qu'à la condition que la chose vendue, n'ayant pas encore été livrée, se trouve légalement en possession du vendeur. Comment en effet retenir ce dont on s'est déjà dépouillé.

A ce sujet peut-on distinguer entre la tradition réelle et la tradition feinte? La Cour de cassation avait d'abord admis l'affirmative, en conséquence elle jugeait, le 10 mai 1809, que le vendeur d'une coupe de bois était fondé à se refuser à exécuter le contrat si, après la vente, l'acheteur est tombé en déconfiture, à moins que celui-ci offrît une caution pour la sûreté du prix non intégralement payé.

Nous avons déjà dit qu'en matière de ventes de coupes de bois il ne saurait exister de tradition réelle et effective ; qu'on ne saurait concevoir la mise en possession de l'acheteur autrement que par le commencement de l'exploitation.[1]

Or, cette circonstance s'était réalisée dans l'espèce de l'arrêt que nous rappelons, ce qui lui attribue la signification que nous lui assignons.

272. — Mais la question s'étant représentée à la Cour suprême, relativement à une marchandise ordinaire, a été par elle résolue en sens inverse. On avait vendu des avoines déposées dans un magasin dont les clefs avaient été remises à l'acheteur ; celui-ci étant tombé en faillite avant leur enlèvement total, le vendeur se fit restituer les clefs,

[1] *Sup.*, nos 234 et 238.

et, excipant de sa possession, il se prétend autorisé à ne livrer le solde que les syndics revendiquaient que si on lui donnait caution pour sûreté du prix.

Mais la Cour de Caen le déboute de sa prétention, et décide que la tradition s'induisant de la remise des clefs a créé un obstacle invincible à l'application de l'article 1603. Le vendeur s'étant pourvu en cassation, son pourvoi était rejeté le 1er mai 1832.

Cette décision est juridique et rationnelle. La tradition réelle et effective ou feinte a dessaisi le vendeur. L'acheteur est en possession et c'est pour lui que la chose périrait. L'action du premier n'est donc plus qu'une action en revendication que l'article 1613 n'a ni voulu ni entendu autoriser.

Il est vrai que dans l'espèce la restitution des clefs avait remis le vendeur en possession, mais cette mise en possession était illégale et nulle, elle n'était en quelque sorte qu'un payement en marchandises, prohibé aux approches de la faillite, et à plus forte raison depuis.

Supposez, en effet, qu'après tradition réelle l'acheteur, cessant ses payements, eût rendu la marchandise. Cette restitution aurait bien conféré au vendeur la possession de fait, mais pour la masse des créanciers il n'y aurait qu'un dépôt dont le sort serait subordonné à la capacité du failli au moment où il a été réalisé.

Ainsi le vendeur ne peut se prévaloir du droit que lui confère l'article 1613 que s'il n'a pas encore livré soit réellement, soit fictivement. Dans cette hypothèse, ce droit est absolu et son exercice recevable pour la partie restant à livrer comme pour le tout. En dehors de cette condition,

tout recours à l'article 1613 est impossible. L'effet de la tradition est définitivement acquis, le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, il n'est plus que son créancier pour le montant du prix, et comme tel soumis à la loi que subissent tous les autres.

273. — Le vendeur est obligé à la garantie des troubles et évictions que l'acheteur est dans le cas de souffrir. Il répond donc, en matière de ventes immobilières, de l'éviction totale ou partielle.

Les meubles et effets mobiliers n'ayant pas de suite, on ne saurait prévoir l'éviction que dans les cas prévus par l'article 2279 du Code Napoléon, en le supposant applicable à la vente commerciale, ou dans celui d'une marchandise prise en mer et déprédée sur un Français.

Nous n'avons donc pas à insister sur les principes et les règles applicables à la garantie de l'éviction, dont on aura si rarement à s'occuper en matière de ventes commerciales. Il est évident que là comme ailleurs l'obligation du vendeur est absolue, et que l'acheteur, dépouillé de quelque manière que ce fût, aurait un recours non-seulement pour se faire rembourser du prix, mais encore pour être indemnisé du préjudice que lui causerait sa dépossession.

274. — Ce qui, dans notre matière, se présentera plus usuellement, sera la question de garantie, pour défauts cachés et vices rédhibitoires. Or, la responsabilité des uns et des autres ne saurait être récusée par le vendeur.

L'article 1641 du Code Napoléon, qui édicte ce principe,

trace les conditions auxquelles il en subordonne l'application ; il faut que le défaut ou le vice soit caché, qu'il soit tel qu'il rende la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il l'eût connu. Cette dernière condition est admise de plein droit pour les vices rédhibitoires dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques.

Il n'y a de caché que le défaut que l'acheteur ne pouvait actuellement découvrir, qui ne devait se manifester que dans l'emploi de la chose qui le récèle. La première condition exigée par la loi n'existe donc pas, si le défaut, quoique non apparent, pouvait être facilement connu et constaté.

Le premier devoir de l'acheteur est de vérifier et d'examiner soigneusement la chose qu'il se propose d'acheter. A défaut de connaissances spéciales, il doit recourir à des personnes capables et expérimentées et n'agir qu'après leur examen. S'il manque à ce devoir, dont l'accomplissement eût amené la découverte du défaut ou du vice, il s'est mis dans le cas d'être accusé de légèreté et d'imprudence, et tenu des conséquences plus ou moins fâcheuses qui en résulteraient pour lui ; la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à cet égard.

275. — Le déficit sur la quantité ne remplit aucune des conditions de l'article 1641, le pesage, comptage ou mesurage en divulguera nécessairement l'existence ; ensuite il n'intéresse ni la substance ni la qualité.[1]

[1] Troplong, n° 559; Duvergier, n° 390.

La Cour de Bordeaux pouvait dès-lors dire, comme elle le faisait dans un arrêt du 25 avril 1828, que ce défaut de quantité ne serait pas rédhibitoire parce qu'il est apparent, et que son existence devait résulter d'une simple vérification.

La conséquence qu'en tirait la Cour, c'est que l'article 1641 étant absolument inapplicable, l'acheteur n'avait pas même à réclamer la restitution du prix pour le montant du déficit.

Cette conséquence pourrait être admise dans la vente immobilière, faite en corps et non en mesure, ou en l'absence de garantie expresse de la contenance indiquée. L'une et l'autre circonstance font présumer que l'acheteur a vérifié avant de conclure, dans tous les cas il devait le faire, et sa négligence le rendrait irrecevable à se plaindre.

Mais nous n'hésiterions pas à la repousser dans la vente commerciale, comme irrationnelle, injuste, dangereuse même. Sans doute le déficit sur la quantité ne peut constituer un vice rédhibitoire et entraîner la résiliation de la vente, mais comment lui dénier l'effet de motiver une diminution proportionnelle du prix? Serait-il juste que l'acheteur qui n'a pas reçu la totalité de ce qu'il a acheté payât cette totalité.

Il est vrai que le déficit sera forcément connu par la mensuration, mais cette mensuration est-elle dans les usages, dans les possibilités du commerce? Comment y procéder dans l'achat par correspondance réalisé à une distance plus ou moins grande du domicile de l'acheteur.

Celui-ci est donc obligé de s'en rapporter aux indica-

tions que chaque pièce contient relativement à l'aunage, et l'on ne saurait lui reprocher d'avoir omis de déplier et mesurer chaque pièce avant de procéder à leur réception.

Ajoutons que pour certains objet, et les plus précieux, les soieries notamment, cette double opération ne pourrait être tentée qu'au risque d'altérer leur fraicheur et par conséquent de leur faire subir une dépréciation.

On ne saurait donc en commerce déployer la rigueur que comportent les ventes immobilières. L'acheteur négociant est obligé de s'en remettre à la foi du vendeur, on ne saurait donc le punir de cette nécessité, ni encourager la fraude qui ne manquerait pas de se produire sur une large échelle. La bonne foi commerciale exige impérieusement qu'on ramène le contrat à l'exécution loyale qu'il devait recevoir; que l'acheteur ne soit pas contraint de payer ce qu'il ne reçoit pas.

Si la Cour de Bordeaux admet le contraire, c'est qu'elle se trouvait en présence de circonstances telles que toute autre solution était à peu près impossible. C'est deux ans depuis l'achat, et après que les marchandises en faisant l'objet avaient été expédiées et vendues à l'étranger, que l'acheteur venait se plaindre d'un déficit sur la quantité, en preuve duquel il n'apportait d'ailleurs que sa seule allegation.

Qu'auraient fait les magistrats si la réclamation se fût produite à une époque contemporaine ou voisine de la vente? Si la marchandise encore intacte entre les mains de l'acheteur, le fondement de cette réclamation eût pu être vérifié et constaté? La reponse à notre avis ne peut être douteuse, une vérification eût été ordonnée, et le dé-

ficit reconnu, l'acheteur eût obtenu une diminution du prix à due concurrence.

Ce qui s'induit de l'arrêt de Bordeaux, en l'état des faits sur lesquels il intervient, c'est non l'inapplicabilité absolue de l'article 1641, mais la déchéance que l'acheteur peut avoir encourue quant à la faculté de s'en prévaloir. Dans les litiges de la nature de celui que nous supposons, il s'agit de rechercher s'il y a eu ou non déficit. Les éléments de cette recherche sont laissés à l'appréciation souveraine des juges. Or, comment accueilleraient-ils la prétention de l'acheteur, si elle n'est même pas vraisemblable.

Le vendeur qui livre une quantité moindre que celle qu'il doit livrer, commet un delit s'il a agi sciemment; une erreur s'il a été de bonne foi. Dans ce dernier cas, il est de son devoir de réparer loyalement le préjudice qu'il a involontairement causé. Sa résistance ferait à bon droit suspecter cette bonne foi dont il exciperait, et rendrait dès-lors d'autant plus nécessaire la diminution proportionnelle du prix reclamé par l'acheteur; ce résultat, s'il ne pouvait s'étayer de l'article 1641, se légitimerait par les principes spéciaux à la délivrance. Il est évident que le vendeur qui ne livrerait pas tout ce qui est convenu au contrat, se rendrait coupable d'une inexécution partielle, on devrait donc le contraindre à compléter son obligation ou à reparer le préjudice qui naîtrait de l'inexécution.

276. — Doit-on considérer comme vices rédhibitoires les taches dont l'étoffe peut être maculée à l'intérieur des pièces, et les trous ou déchirures qui la déprécient?

MM. Pardessus et Troplong enseignent l'affirmative; ce sont là, disent-ils, des défauts cachés qui offrent la condition de la loi romaine, à peu près reproduite par l'article 1641, *usum, ministeriumque rei impediunt.*[1]

M. Duvergier se prononce en sens contraire. A son avis, rien de plus apparent que les taches et les trous. Il est donc impossible de les considérer comme des défauts cachés.

M. Duvergier pourrait avoir raison dans les ventes au détail. Celui qui achète une quantité déterminée de marchandises, sous les yeux duquel on la déplie et on la mesure, peut et doit en vérifier l'état et reconnaître les taches et trous qui la déprécieraient.

Mais comment admettre sa doctrine pour l'achat en gros? Ce que nous avons dit relativement au déficit sur la quantité, est vrai également pour l'état matériel. L'achat traité le plus ordinairement par correspondance, ce n'est qu'à l'arrivée de la marchandise qu'on peut en vérifier l'état, et, en pratique commerciale, cette vérification se borne à l'état apparent des pièces. Les masses que l'acheteur en gros traite et reçoit ne permettent pas autre chose, à moins de le condamner à passer sa vie à déplier et à replier, au détriment de la marchandise, qui ne comporte pas toujours une pareille manipulation.

Il y aurait donc rigueur et injustice à lui prohiber le droit de réclamer lorsque, ayant l'occasion de se défaire de la marchandise, et la dépliant devant l'acheteur, il découvrira les taches ou les trous qui en empêchent la revente. On doit donc l'autoriser à se pourvoir contre son vendeur,

[1] Pardessus, n° 284, Troplong, n° 557.

et lui accorder la réparation du préjudice auquel il est exposé par son fait.

La Cour de Bordeaux n'a pas hésité à le consacrer ainsi, en conséquence elle jugeait, le 25 mai 1841, que suivant l'usage de la place de Bordeaux, les farines en barils se vendant, pour être exportées dans les colonies, de confiance et sur l'estampille du fabricant, et étant immédiatement et sans vérification préalable transbordées sur le navire qui doit les transporter, si, au moment du déchargement au lieu de destination, il est constaté que ces farines sont avariées, non par fortune de mer, mais par un vice propre, le vendeur est, malgré la livraison, tenu du vice caché, et que l'acheteur peut exercer contre lui l'une ou l'autre des actions accordées par l'article 1644 du Code Napoléon.[1]

Or, il n'est nulle part d'usage de déplier et de vérifier les pièces de toile, de drap, de soie, etc. L'acheteur n'en a pas l'obligation, parce que le plus souvent il n'en a pas les moyens. On ne saurait donc lui reprocher de ne pas l'avoir fait.

Il est évident cependant que s'il avait connu l'existence des taches ou des trous, il n'aurait pas acquis la marchandise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix. Il est donc dans les conditions voulues par l'article 1641, et dès-lors fondé à se prévaloir de l'article 1644.

277. — La découverte du vice caché donne à l'acheteur le droit, ou de rendre la chose et de se faire resti-

[1] *J. D. P.*, 2, 1841, 240.

tuer le prix, ou de retenir l'une et d'exiger la réduction de l'autre. Cette réduction doit comprendre la dépréciation résultant de l'existence du vice, dépréciation qui est déterminée par experts, faute par les parties de s'en entendre entre elles.

L'article 1644 du Code Napoléon, qui autorise l'action, ne fixe aucun délai à son exercice. Sa tardiveté ne saurait donc légalement être invoquée comme fin de non recevoir, mais elle pourrait revêtir ce caractère des circonstances de fait, rendant invraisemblable le reproche articulé. Nous en avons vu un exemple dans l'arrêt de Bordeaux, du 25 avril 1828.

278. — Il en est autrement de l'action pour vices rédhibitoires dans la vente ou échange d'animaux domestiques. Pour ce qui la concerne, l'article 1648 du Code Napoléon exigeait son exercice dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage des lieux où la vente a été faite.

Pendant longtemps cette matière si importante n'a eu d'autres règles que les usages locaux, non-seulement pour le délai dans lequel l'action devait être intentée, mais encore sur la nature des maladies constituant les vices rédhibitoires. On comprit enfin la convenance et la nécessité de mettre un terme aux tiraillements naissants d'un pareil état des choses, et la loi du 20 mai 1838 vint établir sur tous ces points une règle précise et uniforme.

Son article 1er détermine les maladies constituant les vices rédhibitoires pour le cheval, le mulet, l'âne et pour les espèces bovine et ovine. L'article 3 exige que l'action

soit intentée dans les 30 jours de la vente pour la fluxion périodique des yeux, l'épilepsie ou mal caduc ; dans les neuf jours pour tous les autres cas.

Ce délai est de rigueur et ne peut être prorogé que dans l'hypothèse de l'article 4, à savoir : si la livraison de l'animal a été effectuée, ou s'il a été conduit, dans ces délais, hors du domicile du vendeur. On ne pouvait évidemment, dans l'un et l'autre cas, exiger de l'acheteur, sous peine de déchéance, de réaliser l'action dans un délai qu'il eût été dans l'impossibilité matérielle d'utiliser. On a donc accordé, outre le délai de neuf ou de trente jours, un jour pour chaque cinq myriamètres de distance entre le domicile du vendeur et le lieu où se trouve l'animal contaminé.

Mais ce que la loi proroge dans ce cas, c'est uniquement le délai de l'ajournement, ne pouvant être donné qu'à personne ou à domicile. Mais l'ajournement peut être précédé par la poursuite en constatation du vice, et comme cette constatation doit se faire au lieu où se trouve l'animal, il n'y avait ni motif plausible, ni nécessité de proroger le délai légal.

Aussi l'article 5 exige-t-il que, DANS TOUS LES CAS, l'acheteur provoque, dans les délais de l'article 3, et sous peine de déchéance, la nomination d'experts chargés de dresser procès-verbal. La requête à ce sujet est présentée au juge de paix du lieu où se trouve l'animal. Ce magistrat, dit la loi, nommera immédiatement, suivant l'exigence des cas, un ou trois experts qui devront agir dans le plus bref délai.

279.— La loi de 1838 a résolu diverses difficultés que le vague de la législation précédente avait fait naître, celle notamment relative au point du départ du délai dans lequel l'acheteur devait agir. M. Duvergier le fixait au jour de la vente; M. Troplong à celui de la livraison. La Cour de Montpellier, le 23 février 1807, et la Cour de cassation, le 17 mars 1829, avaient jugé dans le premier sens; la Cour de Paris consacrait le second, le 7 mars 1837.[1]

L'article 3 de la loi nouvelle, en déclarant que *les délais de l'action seront, non compris le jour fixé pour la délivrance, de...* tranche la question et consacre la doctrine de M. Troplong et de la Cour de Paris. Cette consécration est rationnelle est équitable. La déchéance n'a son fondement légitime que dans la négligence de celui qui, en position et en demeure d'agir, omet de le faire. Or, tant que l'animal acheté n'est pas arrivé aux mains de son nouveau propriétaire, celui-ci n'a pas connu, n'a pu connaître le vice, et par conséquent la nécessité de faire ses diligences; lui en imposer cependant le devoir sous peine de déchéance, c'était méconnaître à son égard les règles de la plus stricte justice.

280. — Une autre difficulté avait également divisé la doctrine et la jurisprudence relativement aux effets des vices rédhibitoires. Les uns n'accordaient à l'acheteur que l'action en résiliation qu'il devait intenter dans le délai légal, sous peine d'être déchu de tous droits,

[1] *J. D. P.*, 1, 1837, 220.

D'autres, au contraire, soutenaient que l'action en résiliation perdue, restait celle en diminution du prix Pour les vices rédhibitoires comme pour les défauts cachés, disaient-ils, l'acheteur a une double action, celle de la nullité de la vente, celle en *quanti minoris*, or le délai fixé par la loi ou l'usage ne se réfère qu'à la première. En conséquence, l'acheteur déchu de celle-ci pour défaut de diligences dans ce délai, est recevable à exercer la seconde et à demander une diminution proportionnelle sur le prix.

Cette seconde opinion est formellement condamnée par la loi de 1838. L'article 2, dérogeant expressément à l'article 1644 du Code Napoléon, prohibe l'action en réduction du prix dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques, énoncés en l'article 1er.

L'acheteur n'a donc plus que l'action en nullité, et si, faute de l'avoir réalisée dans le délai imparti, il en est déchu, le vice, quel qu'il soit, demeure à sa charge sans qu'il puisse rien répéter du vendeur.

281. — Avant la loi de 1838, le délai pour l'exercice de l'action rédhibitoire variait suivant les localités. Mais partout son expiration avait pour effet la déchéance de l'acheteur, qui n'avait pas intenté l'action avant.

Aucune difficulté ne pouvait donc naître à ce sujet. Mais fallait-il, pour que l'action fût réputée intentée, que le vendeur eût été ajourné, ou bien que l'acheteur eût fait seulement constater le vice avant l'expiration du délai ?

Un arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1770,

se prononcait dans le dernier sens. En conséquence, il repoussait toute déchéance, si dans le cours du délai l'acheteur avait fait constater le vice, malgré que l'ajournement au vendeur n'eût été donné qu'après son expiration. Cette doctrine, enseignée par M. Troplong, sous l'empire du Code, avait été consacrée par la jurisprudence.[1]

Donc, avant 1838, la citation au vendeur pouvait être donnée après l'expiration du délai, pourvu qu'avant l'acheteur eût régulièrement fait procéder à la constatation du vice. En est-il encore de même depuis la promulgation de la loi du 30 mai?

282. — M. Duvergier, dans son *Bulletin des lois annoté*, se prononce pour la négative. Il estime que l'article 3 exige impérieusement, et sous peine de déchéance, que le vendeur soit ajourné dans le délai prescrit.

Contre cette interprétation de la loi, on a objecté que le doute pouvait naître de la différence de la rédaction des articles 3 et 5. Le premier prescrit bien le délai dans lequel l'action doit être intentée, mais sans attacher expressément à son inobservation la peine de la déchéance, tandis que cette peine est édictée en termes exprès par le second, en cas de défaut de provocation de l'expertise. On a voulu conclure de là que la tardiveté de la citation ne devait exercer aucune influence lorsque la constatation du vice a été poursuivie en temps utile. C'est ce que la Cour de Paris jugeait le 22 février 1839.[2]

[1] Cass., 5 avril 1830; Bourges, 12 mars 1831.
[2] *J. D P.*, 1, 1840, 297.

C'est aussi ce qu'avait successivement consacré les tribunaux de Chartres, de Nevers et d'Altkirch. Mais ces trois jugements, déférés à la Cour suprême, ont été cassés les 23 mars 1840, 5 mai 1846 et 17 mai 1847.[1]

Pour la Cour régulatrice, il ne suffit donc plus que la constatation du vice ait été poursuivie, conformément à l'article 5; il faut en outre que l'ajournement ait été réalisé dans le délai de l'article 3. De la combinaison de ces deux articles, disent les arrêts, il résulte que les formalités prescrites par la loi, c'est-à-dire l'action judiciaire et la demande à fin de nomination d'experts, sont distinctes et doivent être remplies toutes deux dans le délai légal.

En d'autres termes, la Cour de cassation consacre l'opinion de M. Duvergier, et, avec lui, estime que la loi de 1838 a introduit un droit nouveau et abrogé la doctrine de l'arrêt du parlement de Paris, de 1770, universellement admise, et qu'elle consacrait elle-même dans son arrêt du 5 décembre 1830.

Cette interprétation de la loi est regrettable. Elle peut en effet, dans un cas donné, rendre la déchéance inévitable et forcée. Supposez que l'existence du vice rédhibitoire ne se manifeste que le dernier jour du délai, on pourra bien mener de front les deux opérations, et donner utilement l'ajournement, si l'animal est sur le lieu du domicile du vendeur et si l'on n'est pas obligé d'aller trop loin chercher un huissier pour rédiger et signifier cet ajournement.

[1] *Ibid*, 1, 1840, 450; 2, 1846, 36; 2 1847, 65.

Mais si l'animal n'est plus au domicile du vendeur, si le lieu où il a été conduit est à une distance moindre de quatre ou cinq myriamètres,[1] n'arrivera-t-il pas que l'acheteur ne pourra satisfaire à ce qu'on exige de lui, et qu'il sera victime d'une déchéance qui lui a été matériellement impossible de prévenir?

Ce résultat peut bien s'induire du texte de la loi, mais il n'est pas évidemment dans son esprit. Ce qu'elle a entendu punir, c'est la négligence de l'acheteur. Or, peut-on raisonnablement admettre cette négligence de la part de celui qui, avant l'expiration du délai, a provoqué la constatation régulière du vice? Il semble dès-lors qu'ayant fait toute la diligence possible, la déchéance n'est plus qu'un effet sans cause qu'on ne peut consacrer sans blesser la raison et la justice.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de cassation l'exige ainsi. Donc aujourd'hui l'action n'est recevable que si, dans le délai prescrit, l'acheteur a provoqué la constatation du vice et ajourné le vendeur.

283. — On a été plus loin encore, on a prétendu subordonner cette recevabilité à la constatation qu'on a prétendu devoir être opérée dans le cours du délai et avant son expiration, de telle sorte que si par un événement quelconque les experts n'avaient pu se prononcer avant cette expiration, ou si par un autre événement l'expertise venait à être annulée, tout recours était perdu

[1] Loi du 3 mai 1862, modificative de l'article 1033 du Code de procédure civile.

pour l'acheteur. On le plaidait ainsi devant la Cour de Rouen, dans une espèce où l'expertise ayant eu lieu sans prestation préalable de serment, sa nullité était demandée et admise.

L'arrêt qui intervient repousse cette prétention. « Attendu que la nullité ne peut avoir pour résultat de faire rejeter l'action comme non-recevable ; qu'en effet si, aux termes de la loi, l'action rédhibitoire, lorqu'il s'agit de boiterie intermittente pour cause de vieux mal, doit être intentée dans les neuf jours, sous peine de n'être pas recevable, et si sous la même peine, l'acheteur, d'après l'article 5, doit dans le même délai provoquer la nomination d'experts, il ne s'en suit pas que cette peine soit également applicable lorsque les experts n'ont pas fait ou commencé dans les neuf jours l'opération dont ils sont chargés ; que l'article 5, à cet égard, ne manifeste qu'un vœu, c'est que les experts opèrent dans le plus bref délai. »

284. — Cet arrêt fut dénoncé à la Cour suprême comme interprétant faussement et violant l'article 5. Ce que veut cet article, disait le demandeur en cassation, ce n'est pas seulement la nomination des experts, mais encore la réalisation de l'expertise dans les délais de l'article 3, c'est ce qu'on doit induire de ces mots de la loi : le juge nommera immédiatement un ou trois experts qui devront procéder dans le plus bref délai.

Cette interprétation de l'article 5 méritait bien plus justement le reproche qu'on adressait à celle de l'arrêt. L'article 5 n'exige de l'acheteur que de provoquer la no-

mination d'experts : donc il a fait tout ce dont il est tenu, si dans les délais de l'article 3 il a réalisé sa réquisition. On ne pouvait raisonnablement le rendre responsable ni de la négligence que le juge de paix mettrait à se conformer au désir de la loi, ni de celle des experts qu'il ne peut pas même contraindre à accepter la mission qui leur est déférée.

Voilà pourquoi l'article 5 ne dit pas : *l'acheteur fera constater*. Le législateur a compris que cette constatation pouvait et devait ne pouvoir être opérée qu'après l'expiration du délai accordé pour intenter l'action, parce que le vice peut ne se découvrir qu'à un moment plus ou moins rapproché de cette expiration ; parce que, à défaut de personnes capables sur la localité, le juge devra les chercher dans une localité voisine, parce que les experts désignés devront préalablement prêter serment, procéder ensuite à une vérification et rédiger leur rapport. Il était donc matériellement impossible de préciser un délai dans lequel tout cela devait s'accomplir : aussi s'est-on contenté d'exiger qu'il y fût procédé dans le plus bref délai.

285. — La Cour de Rouen avait donc raison, et les reproches qu'on faisait à son arrêt ne pouvaient s'étayer ni du texte ni de l'esprit de la loi.

En conséquence, et par arrêt du 20 juillet 1843, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle déclare qu'il suffit, pour que l'action rédhibitoire soit recevable, que la nomination des experts ait été provoquée et l'action dirigée dans les délais prescrits par les articles 3 et 5 de

la loi du 20 mai 1838, alors même que l'expertise serait plus tard annulée pour vice de forme ; que dans ce cas les juges peuvent ordonner une nouvelle expertise.[1]

Nous n'avons pas à insister sur le caractère rationnel et juridique de cette jurisprudence. La déchéance est légitime lorsqu'elle a son fondement dans la négligence personnelle à celui à qui on l'oppose. Mais la responsabilité du fait d'autrui, celle des circonstances qui ont rendu toute diligence impossible ne pouvait entrer ni dans les prévisions ni dans les dispositions de la loi.

286. — La déchéance résultant de l'inobservation des délais prescrits pour l'exercice de l'action rédhibitoire ne concerne que l'intérêt privé. Les parties ont donc la liberté et le droit d'en répudier le bénéfice. La renonciation peut être expresse ou tacite.

Un arrêt de la Cour d'Orléans, du 1er août 1823, fait résulter la renonciation tacite du consentement donné à l'expertise requise tardivement. Ce consentement, dit la Cour, est une véritable défense au fond, avant laquelle on doit proposer toute exception dilatoire. Nous ajoutons que ce consentement constitue un acquiescement à la demande, en en subordonnant l'effet au résultat de l'expertise. A quoi bon celle-ci, si le vendeur avait l'intention de se prévaloir de la déchéance ?

287. — La nomination des experts est laissée au juge de paix du lieu où se trouve l'animal. A ce sujet, il est

[1] *J. D. P.*, 2, 1843, 502.

bon de rappeler que lors de la discussion de la loi il a été entendu :

1° Que le droit de ne nommer qu'un seul expert appartient au juge de paix, sans qu'il soit besoin que son exercice soit consenti par les parties, comme en matière ordinaire. Comment, en effet, ce consentement pourrait-il intervenir, puisque la nomination est faite sur simple requête non communicable et non communiquée au vendeur, le plus souvent étranger à la localité ;

2° Qu'il est procédé par les experts comme en matière ordinaire ;

3° Mais qu'au lieu d'être déposée au greffe de la justice de paix, la minute du rapport est remise à la partie qui poursuit la demande en nullité.

De là la conséquence que les experts ne peuvent remplir leur mission qu'après avoir au préalable prêté serment entre les mains du juge qui les a commis. L'omission de cette formalité entraînerait la nullité de l'expertise, comme le décide la Cour de Rouen, dans son arrêt du 24 août 1842.

Il est donc du plus haut intérêt pour le poursuivant de veiller à ce que les experts se conforment au vœu de la loi, relativement au serment. En effet, la nullité de l'expertise pourrait bien entraîner la ruine de son droit.

Il est vrai que la Cour de Rouen et la Cour de cassation permettent dans ce cas une nouvelle et seconde expertise. Mais ce qui est praticable lorsque l'animal est encore vivant, le serait-il s'il avait déjà succombé lors de la première expertise? Le temps écoulé depuis jus-

qu'au jugement qui l'annule, permettra-t-il une nouvelle visite, une seconde constatation ?

Tout fait donc un devoir au poursuivant de tenir la main à ce que l'exigence de la loi, quant au serment préalable, soit fidèlement et exactement remplie.

288. — Les experts doivent non-seulement constater le vice, mais encore en indiquer la nature, en déterminer l'origine. Il est évident que le vendeur ne peut répondre que de celui qui existait avant ou au moment de la vente. Les effets de la maladie contractée après et depuis sont à la charge exclusive de l'acheteur, *res perit domino*.

289. — Avant la loi de 1838, on avait agité la question de savoir si l'existence du vice était présumée avoir précédé la vente, ou si l'acheteur était obligé d'en prouver l'antériorité.

La Cour de Besançon décidait, le 13 juillet 1808, qu'en principe général c'était à l'acheteur à prouver que le vice existait au moment de la vente ; que toutefois, si un délai spécial avait été déterminé pour l'exercice de l'action rédhibitoire, les vices qui se manifestaient dans ce délai étaient présumés, jusqu'à preuve contraire, avoir existé au moment de la vente.

Cette doctrine subordonnait la solution de la difficulté à la loi ou à l'usage relativement à l'exercice de l'action. Si l'une et l'autre ne s'étaient pas expliqués sur le délai dans lequel il devait être réalisé, l'acheteur devait, à quelque époque qu'il le fît, prouver l'antériorité du vice.

Si, au contraire, l'action devait être exercée dans un délai donné, l'acheteur qui avait agi avant son expiration était dispensé de toute preuve. L'antériorité était présumée contre le vendeur.

290. — Il est évident que cette solution puisait un fondement juridique dans l'esprit de la loi. Elle n'a pu restreindre l'exercice de l'action que par le motif que le vice devait infailliblement être découvert dans le délai qu'elle assignait. Or, la pensée d'une découverte implique l'idée d'une existence antérieure. MM. Troplong et Duvergier l'enseignent ainsi.

Dès-lors, la loi de 1838 a tranché notre question en fixant le délai dans lequel l'action doit être intentée sous peine de déchéance. L'acheteur agissant avant son expiration n'a à prouver que l'existence du vice. Son antériorité est de plein droit présumée.

Mais cette présomption n'est pas *juris et de jure.* Elle comporte la preuve contraire que le vendeur est recevable et fondé à offrir et à faire. On comprend dès-lors l'importance que peut avoir l'opinion des experts sur l'époque à laquelle ils assignent l'origine de la maladie.

291. — La présomption d'antériorité s'efface et disparaît si, depuis l'achat, l'animal qu'on dit atteint de la morve, du farcin ou de la clavelée a été mis en contact avec d'autres animaux affectés de ces maladies. Leur caractère essentiellement contagieux rend la communication tellement vraisemblable, que le législateur la considère comme acquise. La présomption est ici *juris et de*

jure, ne comportant et n'admettant aucune preuve contraire.

292. — L'action rédhibitoire, si elle est fondée et admise, a pour effet de faire annuler la vente. Les parties sont remises au même état qu'auparavant.

En conséquence, l'animal est rendu à son ancien propriétaire, s'il n'a pas péri dans le cours de l'instance. S'il est mort, on suit ce qui est prescrit par l'article 1647 du Code Napoléon, c'est-à-dire que la perte est à la charge du vendeur, comme étant la conséquence du vice. Dès-lors, et quoique ne recevant pas la chose, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer le prix et les frais occasionnés par la vente.

293. — Cette restitution est tout ce que l'acheteur peut réclamer, si le vendeur a été de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré l'existence du vice. On ne pouvait considérer cette bonne foi comme un obstacle à la nullité de la vente. L'existence matérielle du vice entache le contrat dans son essence, il n'est plus que le résultat d'une erreur substantielle.

Mais l'ignorance du vice, si elle n'a aucune influence sur le sort du contrat, en exerce une considérable sur les conséquences de sa résiliation. Sa certitude, en effet, amène à ce résultat que, quel que soit le préjudice que la vente ait occasionné, l'acheteur ne peut demander que la restitution du prix et les frais. Les seuls dommages-intérêts que doive le vendeur de bonne foi se réduisent à la

réparation du préjudice résultant de la privation de la chose : *Propter rem non habitam,* disait Pothier.

294. — Celui au contraire qui a sciemment vendu un animal atteint d'un vice rédhibitoire contagieux est obligé de réparer le préjudice que l'acheteur a éprouvé sur ses autres biens, et tenu de la perte des animaux sains qui périssent par suite de l'introduction et de la communication de l'animal contaminé. Les dommages-intérêts comprennent alors non-seulement leur valeur réelle, mais encore le préjudice qui a été la conséquence directe de leur perte.

On peut juger par là de l'importance de la question de bonne foi, des efforts qu'on tentera pour la faire repousser d'une part, admettre de l'autre. Or, la connaissance du vice de la part du vendeur constitue un dol et une fraude, elle ne se présume donc pas, c'est à l'acheteur qui l'allègue à la prouver.

295. — Cette preuve ne sera pas toujours facile, et la difficulté qu'elle offre laissera dans bien de cas la fraude impunie, cette difficulté serait invincible si on exigeait une preuve positive et certaine.

Aussi a-t-on de tous les temps admis et reconnu qu'il suffisait de présomptions, de probabilités. Pothier, par exemple, enseignait que celui qui, ne connaissant pas précisément le vice, mais qui ayant des motifs sérieux d'en soupçonner l'existence, n'avait pas fait connaître ces motifs, devait être considéré comme ayant agi de mauvaise foi. Dans cette réticence, Pothier voyait avec

raison une fraude des conséquences de laquelle son auteur devait répondre.

On a également appliqué à la matière la maxime que celui qui a *pu* ou *dû* savoir, a *su* en effet. On a donc considéré comme ayant sciemment agi celui qui n'a ignoré le vice que par suite de sa négligence ou de son imprudence, c'est-à-dire lorsque le vice était tel, qu'un homme de sa profession devait et pouvait le découvrir et le connaître.

L'appréciation que les juges sont ainsi appelés à faire trouvera un élément utile dans le procès-verbal d'expertise indiquant la nature et le caractère de la maladie; l'époque à laquelle elle remonte, les symptômes qui ont dû la déceler et l'annoncer avant la vente.

296. — La mauvaise foi du vendeur n'a pas seulement pour effet de l'obliger à réparer le préjudice que l'acheteur éprouve sur ses autres biens, elle entraîne de plus la nullité de la clause de non garantie qui aurait été stipulée.

L'action rédhibitoire est exclusivement dans l'intérêt particulier et personnel de l'acheteur ; elle peut donc devenir la matière d'une transaction entre les parties. L'une peut en répudier la charge, l'autre renoncer à son bénéfice. Le concours des volontés à ce sujet rendrait la convention inattaquable, aux termes de l'article 1643 du Code Napoléon.

Mais, comme l'enseigne M. Duvergier, il résulte de la construction grammaticale de la disposition de cet article, que la convention de non garantie ne peut s'entendre

que des vices cachés, également ignorés des deux contractants. Elle serait donc sans effets possibles si le vendeur connaissait le vice, ou si, ayant des motifs de le soupçonner, il ne les avaient pas fait connaître à l'acheteur.

Ce qui explique et justifie la clause de non garantie, c'est l'incertitude du fait qui en fait le sujet, imprimant au contrat un caractère aléatoire. Pour que cette incertitude existe, il faut que l'état réel de l'animal soit ignoré des deux parties. S'il est connu du vendeur, la clause de non garantie stipulée à coup sûr n'a plus son fondement substantiel, elle ne pourrait recevoir son effet sans rendre l'acheteur victime du piége qui lui a été déloyalement tendu ; sans récompenser le vendeur de sa mauvaise foi et de sa fraude, ce que ne permettent ni la loi, ni la raison, ni la morale.

297. — La vente faite simultanément de plusieurs animaux, est-elle résiliée pour le tout, si l'un ou quelques-uns d'entre eux se trouvent atteints d'un vice rédhibitoire ?

La solution de cette question dépend du caractère de la vente; de l'intention qui a dirigé l'acheteur. S'il n'a traité qu'en vue de l'ensemble, le vice qui le détruit enlève la matière du contrat et doit en déterminer la résiliation pour le tout, surtout s'il est évident que l'acheteur n'eût pas contracté un achat partiel.

L'achat d'un troupeau n'est jamais fait dans ces conditions. Le nombre des têtes qui le composent n'est jamais indiqué que *modo demonstrationis*; la vente d'ailleurs

n'a lieu qu'à tant par tête, de telle sorte que l'acheteur ne payera jamais que ce qu'il reçoit réellement; que le troupeau se composât de cent ou de quatre-vingts bêtes, il ne l'eût pas moins acquis; aussi, et avant la loi de 1838, M. Troplong enseignait-il que la rédhibition n'avait lieu que pour les bêtes atteintes et par ventilation.

C'était-là une injustice pour l'acheteur, dans l'hypothèse d'un vice d'une nature contagieuse. Le résultat de la présence de l'animal atteint dans le troupeau pouvait l'avoir contaminé sans que l'effet de la communication se fût produit dans le délai de la loi. La perte survenue depuis restait donc pour l'acheteur, et cependant qu'avait-on à lui reprocher.

La loi de 1838 a fait cesser cet état des choses, elle dispose que la clavelée reconnue chez un seul animal entraînera la rédhibition de tout le troupeau. Le sang de rate ne produit ce résultat que si dans le délai de la garantie la perte s'élève au quinzième au moins des animaux achetés.

Mais le législateur, en protégeant dans une juste limite l'intérêt de l'acheteur, n'a pas entendu sacrifier celui du vendeur; celui-ci ne peut répondre que de ce qu'il a réellement vendu. Or, l'identité ne peut résulter que de la marque qu'il aurait appliquée au troupeau. La loi n'autorise donc l'action qu'à la condition que les bêtes achetées porteront la marque du vendeur.

La loi ne prévoit rien de semblable à l'égard des chevaux, ânes et mulets. L'usage n'est pas de les acheter en troupeau, il y a donc autant de ventes distinctes qu'il y a des sujets. En conséquence, le vice dont l'un d'eux

est atteint et qui ferait annuler la vente pour ce qui le concerne, laisserait le contrat intact pour tous les autres.

Mais, par application du principe que nous venons d'indiquer, cette règle fléchit lorsque plusieurs animaux ont été achetés en vue de l'ensemble, et qu'il est certain que l'acheteur n'aurait pas traité de l'un sans l'autre, celui par exemple qui achète deux chevaux destinés a être attelés ensemble à une voiture de ville.

Ce que l'acheteur a voulu, dans ce cas, ce que le vendeur a entendu vendre, c'est la couple, c'est la paire, et la preuve c'est que le plus souvent il n'aura été stipulé qu'un seul prix. Dès-lors, le vice dont l'un des chevaux est atteint attaque le contrat dans son essence, et en fait disparaître la matière.

La Cour de Paris, dans son arrêt du 22 février 1839, déclare que dans cette hypothèse la vente *peut* être résiliée intégralement. Nous estimons qu'elle *doit* l'être si l'acheteur le requiert. Son intention ne saurait être douteuse, il n'eût pas acheté un cheval sans l'autre, et c'est en vue des deux que le prix a été calculé et fixé. Donc, ne pas résilier intégralement la vente, ce serait méconnaître la pensée qui y a présidé, et faire payer fort cher un cheval qui, vendu isolément, l'aurait été à un bien moindre prix.

§ II.

Des obligations de l'acheteur.

—

SOMMAIRE.

298. Obligation de l'acheteur d'opérer le retirement au temps et au lieu convenu. Disposition de l'article

1657 du Code Napoléon en cas d'inobservation.
299. Cet article est-il applicable à la vente commerciale. Avis de M. Pardessus pour la négative.
300. Avis contraire de M. Troplong.
301. Examen et discussion de ses motifs.
302. Discussion au conseil d'Etat. Son caractère.
303. L'opinion de M. Troplong, repoussée par le texte de la loi, l'est également par son esprit.
304. Etat de la jurisprudence.
305. Examen des motifs des arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'Angers et de Bourges.
306. Conclusion.
307. Dans tous les cas, en quelles circonstances et à quelles conditions devraient-on l'appliquer ?
308. Influence de l'usage sur l'époque et le mode de retirement.
309. Nécessité d'une mise en demeure à défaut d'usage ou de convention. Ses effets.
310. Dans la vente à livrer en plusieurs fois, le défaut de retirement des premières livraisons motiverait la résolution intégrale.
311. Conditions que doit réunir le défaut de retirement.
312. Arrêt de la Cour d'Aix. Son caractère.
313. Qui peut invoquer la résiliation en cas de défaut de retirement.
314. Droit du vendeur de se faire autoriser à consigner ou à vendre la chose. Conséquences de la vente.
315. Obligation de l'acheteur de payer le prix. Importance de la question de savoir où doit se faire le payement.
316. A défaut de convention, c'est au lieu où doit se faire la livraison, si la vente est au comptant.
317. *Quid* si le vendeur a livré sans exiger le payement ? Avis contraire de MM. Delvincourt et Duvergier.
318. Examen.
319. Dans la vente à terme, le payement doit être effectué au domicile de l'acheteur, sauf convention contraire.
320. Dans quels cas l'indication du lieu du payement dans la facture lie l'acheteur.

298. — La première obligation de l'acheteur est de se livrer de la chose au temps et au lieu fixés par la convention, le refus qu'il ferait de remplir cette obligation, le retard qu'il mettrait à son accomplissement entraîneraient contre lui la nécessité de réparer le préjudice qui serait résulté de l'un ou de l'autre. Ainsi la perte survenue postérieurement, les dépenses de conservation et d'entretien seraient à sa charge.

De plus, dans la vente ordinaire, le défaut de retirement au temps convenu entraîne de plein droit la résiliation de la vente en faveur du vendeur, aux termes de l'article 1657 du Code Napoléon.

299. — Cet article régit-il la vente commerciale?

Cette question a divisé la doctrine. M. Pardessus la résout négativement ; en conséquence il enseigne que la simple expiration du délai accordé à l'acheteur pour prendre livraison ne semble pas suffisante pour faire prononcer la résiliation de la vente de plein droit, et sans sommation. Un vendeur, dans le cas où le prix de la marchandise augmenterait, pourrait abuser d'un tel principe en se prétendant dégagé par le seul fait que l'acheteur ne serait pas venu prendre livraison au temps fixé.[1]

300. — M. Troplong hésite d'autant moins à se prononcer en sens contraire, qu'à son avis, et pour la matière commerciale, si l'article 1657 n'existait pas il faudrait l'inventer.

Dans le commerce, dit-il, plus encore que dans les matières civiles, il faut que le marchand soit mis en situation de profiter des variations du cours. Toute son industrie consiste à vendre avec bénéfice, et à saisir les occasions favorables pour compenser la perte qu'occasionnent les baisses inattendues. Qu'arrivera-t-il dans le système de M. Pardessus? Voilà une hausse qui permettra au négociant de faire une bonne affaire. Son acheteur ne

[1] N° 288.

pourra certainement pas se plaindre qu'il dispose de sa chose, puisque, par son retard à venir la retirer il est censé avoir abandonné le marché. Eh bien! point du tout. Suivant M. Pardessus, il faudra faire une sommation à l'acheteur qui demeure peut-être à l'autre extremité de la France ! Mais pendant ce temps, la marchandise baissera, le vendeur ne pourra plus la revendre avec avantage, avec profit. Il sera peut-être obligé d'y perdre. Si au lieu d'être un spéculateur il eût été un simple particulier, il aurait pu faire une excellente spéculation d'après l'article 1657. Mais il est spéculateur par état, et on lui défend la spéculation !! Un tel système est inadmissible [1]

301. — M. Troplong se préoccupe beaucoup trop de l'intérêt du vendeur, et cela sans motifs réellement sérieux. Le spéculateur qui achète pour revendre, et qui a en effet revendu, a par cela même liquidé son opération en saisissant l'occasion favorable, et en réalisant le bénéfice qu'il s'en promettait.

Il est possible que le bénéfice eût été plus considérable s'il n'eût pas revendu si tôt. Mais il aurait pu arriver que le retard eût amené une baisse sur son prix d'achat et eût ainsi substitué la nécessité d'une perte au bénéfice qu'il s'est assuré en revendant. N'est-ce pas précisément pour éviter cette chance qu'il a réalisé la revente ?

En ce qui le concerne donc, on n'a plus à se préoccuper de la hausse postérieurement survenue, qu'elle justice y aurait-il à l'en faire profiter? N'en a-t-il pas librement et volontairement répudié la chance?

[1] N° 680.

Tout ce qu'il peut exiger, c'est que le profit de sa revente lui soit définitivement acquis, qu'une baisse se réalisant, il demeure étranger à ses conséquences. Or, ce résultat, le système de M. Pardessus le consacre et l'assure. Après comme avant la mise en demeure, la résiliation n'est qu'une faculté à laquelle le vendeur est libre de renoncer, au bénéfice de laquelle il renoncera infailliblement si, à l'expiration du délai imparti dans la sommation, le prix de la chose vendue est inférieur à celui qui est stipulé au traité. Il demandera donc l'exécution de celui-ci, et cette exécution ne saurait lui être refusée.

Donc, quelque délai qu'entraîne la sommation, le vendeur ne saurait en souffrir, il ne peut jamais rien perdre, puisqu'il dépend de lui de s'assurer la position que lui aurait faite l'exécution exacte du marché, et en bonne justice lui doit-on autre chose.

La faveur que M. Troplong réclame pour le vendeur serait pour l'acheteur une rigueur d'autant plus injuste que dans bien de cas le retard qu'il met à se livrer sera indépendant de sa volonté, ce seront les circonstances, les exigences de sa position qui l'auront occasionné. Cependant ce retard ne fût-il que de quelques heures, il devra infailliblement perdre le profit que la hausse de l'article lui promettait. Un pareil rigorisme, à peine concevable dans les opérations de la vie ordinaire, est évidemment incompatible avec la loyauté et la bonne foi qu'exige le commerce, et ne pourrait qu'en entraver l'essor.

302. — Donc, au point de vue des considérations, l'avis de M. Pardessus doit prévaloir sur celui de M. Tro-

plong, et cette induction est surtout commandée par le texte de la loi expliqué par la discussion au conseil d'Etat.

L'article 1657 ne parle que de la vente de denrées et effet mobiliers. Or, de commerçants à commerçants, il ne peut s'agir ni de denrées ni d'effets mobiliers, il n'y a que des marchandises. Donc la vente de celle-ci est en dehors de sa disposition, qui s'abstient de la mentionner.

Qu'on ne dise pas que ce silence est l'effet d'une prétérition involontaire et purement fortuite : le projet du Code et la commission du conseil d'Etat elle-même avaient proposé la rédaction suivante : *En matière de vente, de denrées, effets mobiliers et* MARCHANDISES, *la vente, etc.*

M. Bégouen observe que l'article ainsi rédigé serait applicable au commerce, où cependant aucune vente n'est résiliée sans que l'acheteur ait été mis en demeure de retirer les marchandises. Si l'on s'écartait de cet usage, ajoute-t-il, on donnerait trop d'avantages au vendeur dans le cas où le cours des choses vendues augmenterait.

L'usage attesté par M. Bégouen est la réponse la plus péremptoire à cette proposition de M. Troplong, que si le principe de l'article 1657 n'existait pas pour le commerce, il faudrait l'inventer : telle était si peu l'opinion des négociants, qu'ils n'avaient pas hésité à pratiquer le contraire. C'est cette pratique dont M. Bégouen demandait la consécration par le retranchement du mot marchandises.

Sa proposition ne rencontre aucune contradiction. Le rapporteur, M. Galli, déclare s'y rallier au nom de la com-

mission et à restreindre l'effet de l'article 1657 aux denrées et effets mobiliers, et l'archichancelier Cambacères résume et clôture la discussion en ces termes : *Toute équivoque sera levée par le procès-verbal qui indiquera que l'article n'est pas applicable aux affaires de commerce.*[1]

Ainsi le législateur ne se contente pas du principe général qu'il a déjà si formellement consacré ; qu'en traçant les règles du droit civil il n'entend pas les appliquer aux matières commerciales : il le rappelle expressément et spécialement pour la disposition de l'article 1657 ; il fait plus encore, il élimine le mot *marchandise* qui pouvait faire naître le doute sur son intention réelle ; peut-on dès-lors sans se refuser à l'évidence proclamer l'applicabilité de l'article 1657 aux ventes commerciales ?

303. — L'opinion de M. Troplong, repoussée par le texte de la loi, ne l'est pas moins par son esprit. La disposition de l'article 1657 repose sur ce fondement : Que l'acheteur qui ne vient pas, au jour fixé, retirer la chose, est censé avoir renoncé au marché. Cette présomption pouvait être facilement admise dans la vente ordinaire. Un caprice, un réavisé tardif, l'absence de toute utilité, un simple changement de volonté, rend cette rénonciation probable de la part de celui qui a acheté pour son usage ou sa consommation.

Mais l'acheteur commercial n'a jamais fait qu'une spéculation. Ce qu'il a recherché et voulu, c'est le profit

[1] Locré. T. 14, p. 60.

qu'il se promet de la revente. Or, pouvait-on raisonnablement admettre qu'il renonce au marché, précisément au moment où ce bénéfice est acquis? Car ce ne sera jamais qu'en cas de hausse que le vendeur excipera de la résiliation.

Ce n'est pas tout encore, l'acheteur aura peut-être revendu à son tour, et la résiliation de son achat le mettant dans l'impossibilité de livrer l'exposera à des dommages-intérêts vis-à-vis de son propre acheteur.

Que serait donc en cet état la présomption d'abandon et de renonciation sinon, comme l'observent avec raison MM. Delamarre et Lepoitvin, une de ces fictions outrées qui heurtent toutes les vraisemblances.[1] On se rend dès-lors parfaitement raison de la conduite du législateur déclarant l'article 1657 inapplicable aux ventes commerciales.

On objectera qu'il dépend de l'acheteur de prévenir tout préjudice en se présentant au jour convenu, mais l'intérêt évident qu'il a à le faire, et qui ne permet pas la présomption de renonciation, fait supposer que son retard est involontaire, qu'il est le résultat d'un oubli, d'une erreur que l'entraînement des affaires rend vraisemblable, peut-être même d'une impossibilité accidentelle, d'une force majeure. Dans l'un et l'autre cas, la résiliation de plein droit serait d'une inqualifiable sévérité.

D'ailleurs, cette résiliation est une peine, elle ne serait donc juridique que si elle était expressément autorisée par une loi. Or, on ne pourrait invoquer que l'article 1657

[1] T. 3, nos 250 et suiv.

et nous venons de voir que sa spécialité à la vente civile a été formellement déclarée par le législateur lui-même.

304. — C'est donc fort juridiquement que la Cour supérieure de Bruxelles le déclarait inapplicable aux affaires de commerce, le 7 avril 1827, mais la Cour de cassation consacrait le contraire, le 27 février 1828, et elle était imitée par la Cour de Bourges, le 10 février 1844; par celle d'Angers, le 14 mai 1847.

Ces arrêts se fondent : 1° sur ce que l'article 1657 est général et ne fait aucune exception; 2° sur ce que le Code de commerce promulgué longtemps après n'en renferme non plus aucune.

305. — Nous en demandons pardon à la Cour de cassation et aux Cours de Bourges et d'Angers. L'article 1657 n'est général que pour la vente des denrées ou effets mobiliers. Sans doute on ne saurait imaginer une marchandise qui dans les mains du producteur n'ait pas été une denrée ou un effet mobilier. Mais arrivée aux mains du marchand qui l'achète pour la revendre, elle a perdu cette qualité; elle n'est plus qu'une marchandise *sui generis*.

Cette distinction, le conseil d'Etat ne manquait pas de l'indiquer. Si les mots denrées et effets mobiliers comprenaient les marchandises, pourquoi la commission proposait-elle d'indiquer nommément celles-ci? Sa proposition est-elle repoussée par ce qu'il était inutile de s'occuper des marchandises, puisque les termes denrées et effets mobiliers les comprenaient naturellement?

Nous venons de le voir, le rejet est uniquement fondé sur la volonté de ne pas soumettre les transactions commerciales à l'article 1657. Les observations de MM. Bégouen, Galli et Cambacères permettent-elles le moindre doute à ce sujet?

Donc, l'exception exigée par les trois arrêts que nous annotons, si elle n'existe pas dans le Code de commerce, qui ne consacre qu'un seul article à la vente, existe bien certainement dans le Code Napoléon.

Il est vrai qu'elle n'est consignée que dans le procès-verbal du conseil d'Etat, mais est-il possible, lorsqu'il s'agit de rechercher et de fixer la pensée du législateur, de ne pas se référer au seul document qui puisse la manifester? Les travaux préparatoires du Code Napoléon, nous dit M. Troplong lui-même, sont la véritable explication de son texte et de son esprit.[1]

Il faut donc y recourir pour connaître le caractère et l'étendue de l'article 1657. Dès-lors on arrive fatalement à cette conclusion de M. Duvergier; vainement on objecte que les expressions de l'article 1657 sont générales. Mais le législateur a positivement et authentiquement déclaré ne les employer que dans un sens restreint. Or, il n'est pas plus permis, en fait de lois, qu'en matière de contrats, de donner aux mots une signification différente de celle que déclarent y attacher leur auteur.[2]

Existe-t-il d'ailleurs une disposition plus générale, plus absolue que celle de l'article 1599, déclarant nulle la

[1] N° 167.
[2] *Vente*, n° 475.

vente de la chose d'autrui. Aucune exception ne se rencontre ni dans le Code Napoléon, ni dans le Code de commerce. Pourtant a-t-on hésité à en repousser l'application aux ventes commerciales? Pourquoi? Uniquement parce que cette exception fut convenue lors de la discussion législative. Comment donc ce qui a suffi au point de vue de l'article 1599, ne doit-il pas suffire à l'égard de l'article 1657?

306. — Quelle que soit l'autorité des Cours de cassation, de Bourges et d'Angers, il n'y a pas à hésiter. Comme le dit M. Duvergier, c'est le cas de donner la préférence au législateur sur le juge. Nous estimons donc que l'article 1657 ne régit que la vente civile; que dans la vente commerciale les parties n'ont jamais entendu déroger à l'usage attesté par M. Bégouen; et avec MM. Pardessus, Duvergier, Delamarre et Lepoitvin, nous croyons que non-seulement la vente n'est pas résiliée de plein droit, mais encore qu'elle ne peut l'être que faute par l'acheteur d'obéir à la mise en demeure qui doit lui être notifiée préalablement, à moins que le contraire ne fût expressément stipulé au contrat.[1]

307. — Dans tous les cas, et alors même qu'on devrait appliquer l'article 1657, on ne pourrait le faire justement que si l'acheteur est réellement en faute, c'est-à-dire que si le temps et le lieu de la livraison ont été dé-

[1] *Conf.* Maleville sur l'art 1657; Alauzet, *Revue de législation*, t. 21, p. 35 *Infra*, n° 312. Arrêt d'Aix, du 2 décembre 1822.

terminés d'une manière assez précise pour qu'il n'existât aucune incertitude.

La Cour de Paris le décidait ainsi, le 20 novembre 1810, dans une espèce où on avait vendu cent pièces d'eau-de-vie, *livrables hors barrières*, disait le traité. La Cour déclare que le lieu où devait s'effectuer la livraison n'étant pas suffisamment déterminé, le défaut de retirement n'était que la conséquence de l'incertitude dans laquelle était l'acheteur, incertitude qui devait s'interpréter contre le vendeur, aux termes de l'article 1602 du Code Napoléon. Elle le déclare donc non-recevable à se prévaloir de l'article 1657.

La Cour de Bourges, de son côté, jugeait, le 1er février 1837, qu'en supposant que l'article 1657 fût applicable aux ventes commerciales, on ne devait y recourir que lorsque, lors de la vente, il y a eu dépôt des marchandises dans un lieu d'où l'acheteur devait les retirer dans un délai convenu, avec détermination précise du jour ou du lieu de la livraison; ou qu'à défaut de cette désignation, l'acheteur ait été prévenu du jour et du lieu où la livraison serait faite; qu'on ne saurait donc l'appliquer à une vente de marchandises livrables dans les quatre mois, *dans une telle ville*, sans autre désignation.[1]

308. — Nous n'avons pas besoin d'insister sur le caractère juridique de cette jurisprudence. La résiliation est une peine contre l'acheteur, elle n'est donc équitable que lorsqu'il a dépendu de celui-ci de la prévenir et qu'il

[1] *J. D. P.*, 2, 1837, 384.

a négligé de le faire. Or, cette condition ne se rencontrera que dans le cas où le lieu et le jour de retirement ont été nettement indiqués et précisés.

A ce sujet, l'usage de la place pourrait suppléer au silence de la convention. La certitude de cet usage pourrait faire considérer son inobservation comme une faute, et autoriser le vendeur à demander la résiliation. Mais il est fort difficile d'admettre l'existence d'un usage quant au jour et surtout au lieu de la livraison. Dès-lors, si le contrat se tait sur l'un et sur l'autre, leur indication préalable est une nécessité pour le vendeur.

309. — A plus forte raison doit-on le décider ainsi si le silence de la convention coïncide avec l'absence d'usage. Dans ce cas, l'inaction de l'acheteur est forcée jusqu'à ce qu'on lui ait fait connaître le jour et le lieu où les marchandises lui seront remises.

Il doit donc être sommé de venir procéder à leur retirement dans un délai déterminé. Ce délai ne peut être arbitraire, car le vendeur, intéressé à la résiliation, la rendrait inévitable en sommant à un délai tel que l'acheteur serait dans l'impossibilité de l'utiliser. Il faut donc que le délai imparti soit suffisant, eu égard à la nature des marchandises à recevoir, à la distance entre le domicile de l'acheteur et le lieu où la livraison doit s'effectuer.

A ces conditions, le délai indiqué équivaut à celui que la convention aurait déterminé, et son expiration, sans que le retirement eût été opéré, motiverait la résiliation du contrat. Le droit du vendeur serait acquis sans nouvelle mise en demeure, et sans que la justice pût en con-

trôler ou en refuser l'exercice; mais si le délai avait été insuffisant, ou si l'acheteur justifiait avoir été dans l'impossibilité d'agir, le tribunal pourrait proroger le délai en sa faveur.

« Si, dit M. Troplong, les coutumes sont muettes et la convention aussi, le vendeur ne pourra disposer de la chose sans avoir fait à l'acheteur une sommation judiciaire de venir prendre livraison dans tel délai, mais d'après l'article 1139 du Code Napoléon, cette sommation suffira; il ne sera plus obligé, comme du temps de Pothier, de faire prononcer la résolution en justice.[1] »

Conformément à cette doctrine, la Cour de Douai jugeait, le 8 janvier 1846, que lorsque dans une vente aucune convention n'a fixé le délai pour le retirement de la chose vendue, la sommation de prendre livraison dans un délai déterminé en tient lieu, et l'article 1657 du Code Napoléon qui prononce la résolution de la vente au profit du vendeur, à défaut de retirement, devient dès-lors applicable.[2]

310. — La vente d'une quantité déterminée de marchandises ne cesse pas d'être indivisible parce que la livraison en aurait été échelonnée à diverses époques plus ou moins rapprochées. En conséquence, l'inexécution partielle autoriserait le vendeur à provoquer la résiliation intégrale.

Ainsi, il est recevable, à défaut de retirement à l'é-

[1] N° 679.
[2] *J. D. P.*, 1, 1846, 487.

chéance de la première livraison, à poursuivre et à faire prononcer la résolution pour le tout, il n'est pas obligé d'attendre l'échéance des livraisons ultérieures, comme le consacrait la Cour de Bourges dans l'arrêt du 10 février 1844, plus haut cité.

Si le défaut de retirement ne se réalise que pour une livraison intermédiaire, la résiliation ne saurait atteindre le fait consommé, elle ne pourrait être réclamée et obtenue que pour le solde restant à livrer.

Dans tous les cas, cette résiliation est une faculté pure pour le vendeur, il peut donc renoncer à l'exercer et s'en tenir à l'exécution de la vente, faire ordonner la vente de la quantité à livrer faute par l'acheteur de la recevoir, et le faire condamner au payement de la différence.

Mais son droit s'ouvre à chaque échéance fixée aux livraisons partielles, et le passé n'engagerait pour lui ni le présent ni l'avenir. Ainsi et malgré qu'il eût poursuivi l'exécution pour une ou plusieurs livraisons précédentes, rien ne l'empêcherait de faire résilier la vente, soit pour celle venue à échéance depuis, soit pour celle-là et pour toutes les autres à échoir.

Comme on le voit, l'indivisibilité de la vente est toute contre l'acheteur et ne saurait jamais être opposée au vendeur.

311. — Dans tous les cas, la résiliation pour défaut de retirement n'est acquise que si l'inexécution est imputable au fait personnel et volontaire de l'acheteur. Ainsi nous venons de voir les Cours de Paris et de Bourges

la refuser en cas d'incertitude sur l'époque et le lieu de la livraison.[1]

Il est évident, en effet, que si l'acheteur s'est abstenu d'agir, uniquement parce que le vendeur l'aurait mis dans l'impossibilité de le faire, on ne saurait l'en punir ni en équité ni en raison.

Or, c'est ce qui se réaliserait si le refus de se livrer était fondé sur les défectuosités ou l'infériorité de qualité de la chose offerte, ou sur le défaut de conformité avec l'échantillon.

Dans l'un et l'autre cas, c'est l'acheteur seul qui aurait à se plaindre de l'inexécution. Dès-lors, l'exactitude du reproche non-seulement entraînerait le rejet de la résiliation demandée par le vendeur, mais pourrait encore la faire prononcer avec dommages-intérêts contre lui.

L'acheteur pourrait, à son choix, la poursuivre, ou faire condamner le vendeur à lui livrer une marchandise loyale et marchande, de la qualité convenue, ou conforme à l'échantillon, ou demander une réduction proportionnelle du prix, si la différence était de nature à être compensée par une bonification.

312. — Dans une espèce soumise à la Cour d'Aix, l'acheteur qui avait traité sur échantillon avait refusé de se livrer pour défaut de conformité de la marchandise offerte, il avait ensuite actionné le vendeur en délivrance des marchandises qui avaient fait l'objet de la vente.

Le vendeur soutenait que l'action était non-recevable,

[1] *Sup.*, n° 307.

1° pour défaut de retirement à l'époque convenue pour la livraison ; 2° parce que l'acheteur ayant purement et simplement refusé de recevoir sans protestations ni réserves, la vente s'était trouvée conventionnellement et définitivement résolue. C'est ce que consacre le tribunal de commerce de Marseille.

Mais, sur l'appel, la Cour réforme le jugement : « Considérant qu'en matière de ventes de marchandises la non livraison ou la non réception de l'objet vendu à l'époque convenue pour la livraison n'opère de plein droit la résolution du marché qu'alors que ladite époque a été expressément stipulée dans le contrat comme condition résolutoire; qu'à défaut elle ne peut donner lieu qu'à une mise en demeure, conformément à l'article 1184 du Code Napoléon ;

« Considérant que rien de semblable n'avait été convenu dans le marché dont s'agit; qu'il résulte des circonstances de la cause que si la dame Orcel, appelante, ne reçut pas la marchandise au débarquement, ce fut parce qu'elle ne la trouva pas conforme aux échantillons, ce qui, loin de rendre non-recevable sa réclamation ultérieure, en est au contraire la justification ;

« Considérant qu'étant convenu, en fait, que la marchandise offerte par le sieur Peschier intimé, est d'une qualité inférieure aux échantillons par lui rémis à l'appelante, et d'après lesquels le prix avait été déterminé, l'appelante a le droit de la refuser, et qu'en donnant l'option au sieur Peschier d'en livrer d'une qualité égale aux échantillons, ou de souffrir une réduction sur le prix dans le cas où il ne livrerait que celle déjà offerte, elle ne

fait rien que de conforme aux principes du contrat de vente, d'après lesquels le vendeur doit livrer la marchandise de la qualité qu'il a promise.[1] »

Pour se convaincre du caractère juridique de cet arrêt, il suffit de réfléchir aux conséquences qu'entraînerait le système contraire. Le sort du contrat serait exclusivement livré à la volonté du vendeur, puisque, s'il avait intérêt à la résiliation, il ne manquerait pas de se la ménager, en livrant une chose d'une qualité tellement inférieure que le refus de l'acheteur serait inévitable. Or, une pareille conduite ne serait en réalité que l'inexécution du contrat dont l'acheteur peut et doit en raison et en droit obtenir satisfaction,

Ce que nous devons encore noter dans cet arrêt, c'est la consécration qu'il donne à la doctrine de l'inapplicabilité de l'article 1657 à la vente commerciale. Il n'admet en effet la résiliation, à défaut de retirement au temps convenu, que si les parties l'ont expressément stipulée. A défaut de clause expresse à ce sujet, il consacre la nécessité d'une mise en demeure, en limitant le droit du vendeur à sa réalisation.

313. — La résiliation pour défaut de retirement n'est jamais acquise qu'au profit du vendeur. Si l'acheteur était admis à s'en prévaloir, c'est lui qui deviendrait l'arbitre suprême de la vente, il ne manquerait pas de refuser de se livrer toutes les fois que la survenance de la baisse lui rendrait le marché onéreux.

[1] 2 décembre 1822. *J de Marseille*, t. 4, 1, 101 et suiv.

Or, ce qui n'est pas juste pour le vendeur ne saurait l'être pour l'acheteur, et le refus qu'on fait à l'un de se prévaloir de l'inexécution qui lui est personnelle, on devait également le consacrer pour l'autre. L'article 1657 lui-même prouve que le législateur l'a ainsi entendu et voulu.

La résiliation pour défaut de retirement est donc exclusivement en faveur du vendeur. La conséquence de ce caractère indique qu'il est seul juge de l'opportunité, qu'il n'a à consulter et à suivre que son intérêt ou ses convenances.

314. — On ne saurait donc lui contester le droit d'en répudier le bénéfice, et de réclamer le maintien et l'exécution de la vente.

A cet effet, il peut être autorisé, soit à consigner la chose aux risques et périls de l'acheteur dans un dépôt public ou en mains d'un consignataire, soit à la vendre par ministère de courtiers.

Dans le premier cas, l'acheteur doit le prix intégral au payement duquel il doit être immédiatement et actuellement condamné ; dans le second, la condamnation se restreint à la différence en moins entre le net produit de la vente, et le prix stipulé au contrat.

315. — Le payement du prix de la manière et au temps convenus, est pour l'acheteur une autre obligation non moins capitale.

La question de savoir où doit se faire le payement a une importance réelle au point de vue du tribunal devant

lequel ce payement peut être poursuivi. On sait que l'article 420 du Code de procédure civile attribue juridiction au juge du lieu où le payement doit être effectué. Sous ce rapport donc il n'est pas inutile d'entrer dans quelques détails.

Aucun doute, et par conséquent aucune difficulté ne saurait s'élever, quel que soit le caractère de la vente, si les parties ont expressément déterminé non-seulement l'époque, mais encore le lieu du payement. C'est le tribunal de ce lieu qui est compétent, encore bien qu'il ne fût le domicile d'aucune des parties.

316. — Si la convention est muette, on distingue : ou la vente est au comptant, ou elle est faite à terme.

Dans le premier cas, la règle générale est que le payement doit être effectué au lieu où s'opèrera la délivrance. La jurisprudence n'a jamais varié sur l'application de cette disposition de l'article 1651 du Code Napoléon.[1]

C'était là la conséquence logique de la nature de l'opération, le vendeur au comptant ne fait aucune confiance à l'acheteur, il manifeste clairement son intention de ne donner sa chose qu'en en recevant le prix, et cet échange ne pouvait s'effectuer qu'au lieu de la délivrance.

Nous avons déjà dit que le vendeur au comptant peut se dispenser de livrer, si l'acheteur ne paye pas immédiatement. C'est donc en définitive le droit de rétention que la loi lui confère, pour assurer l'exécution de l'accord qui a présidé à la vente.

[1] Aix, 4 janvier 1821 ; Rouen, 9 janvier 1829 ; Cass., 3 mars 1835; Colmar, 4 fevrier 1839, *J. D. P.*, 2, 1839, 187.

317.— Or, dès qu'il s'agit d'une faveur, il est évident que le vendeur a la faculté d'en répudier le bénéfice. S'il a cru devoir le faire, s'il a livré la chose sans en exiger le prix au moment de la délivrance, pourra-t-il actionner en payement devant le tribunal du lieu de la délivrance ?

M. Delvincourt se prononce pour l'affirmative, il ne voit dans la conduite du vendeur qu'un acte de condescendance qui ne peut modifier ni altérer son droit : *Nemini officium suum debet esse damnosum*.

M. Duvergier soutient l'opinion contraire. L'article 1247 du Code Napoléon, enseigne-t-il, reprend son empire lorsque, même sans accorder un délai expressément, le vendeur a bien voulu, ne fut-ce que par complaisance, ne pas exiger le payement au moment de la délivrance.[1]

318.— Il est de fait que le vendeur au comptant, qui livre sans se faire payer, s'en remet à la foi de l'acheteur, il lui fait en réalité un prêt. Sa position est tellement modifiée que, défendeur obligé à l'action en délivrance, il s'est réduit à la nécessité d'agir comme demandeur en payement.

Mais l'article 420 base ses prévisions non sur le fait du payement, mais sur la convention arrêtée sur le lieu où il devait s'opérer. Ainsi il déclare compétent le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement DEVAIT être effectué.

[1] N° 447.

Hésiterait-on, si en vendant à terme le vendeur avait stipulé que le payement se ferait à son domicile? Or, cette stipulation la loi la suppose et la fait résulter du fait que la vente est faite au comptant. Donc, quelle qu'ait été la conduite du vendeur, il n'en sera pas moins certain qu'à l'origine du contrat, et dans l'intention commune des parties, le payement *devait* être effectué au lieu de la délivrance. Dès-lors la condition exigée par l'article 420 du Code de procédure civile étant acquise, son effet ne peut être ni méconnu, ni contesté.

319. — Dans la vente à terme, l'article 1247 du Code Napoléon régit exclusivement les parties. Donc, en l'absence de convention, et s'il ne s'agit pas d'un corps certain et déterminé, le payement doit être fait au domicile du débiteur. D'où la conséquence que si la promesse a été faite dans un lieu et la livraison dans un autre, le tribunal de ce domicile sera seul compétent pour connaître non-seulement de l'action en payement, mais encore de toutes les difficultés que l'exécution du contrat pourrait faire surgir.

320. — L'application de la règle tracée par la loi dans la vente au comptant, comme dans la vente à terme, est subordonnée à la volonté des parties, toujours libres de convenir du contraire. Or, dans la vente commerciale, il n'y a le plus souvent d'autre traité que la facture elle-même qui, en exécutant le marché, fournit en quelque sorte la preuve de son existence et en mentionne les conditions.

Ses indications, notamment celle relative au lieu du payement, lient-elles l'acheteur?

En principe, la facture est l'œuvre exclusive du vendeur. On ne saurait dès-lors considérer ses énonciations que comme des prétentions purement personnelles à son auteur.

Mais la facture est nécessairement transmise à l'acheteur, sa réception, en lui faisant connaître les conditions qu'on lui impose, le met en mesure de les discuter, de les repousser, si elles s'écartent des conditions sous la foi desquelles il a traité. Il est évident que si, usant de son droit, il a protesté contre l'indication du domicile du vendeur, désigné comme le lieu du payement, il n'y a jamais eu de convention à ce sujet, et cette indication, œuvre unique de celui-ci, n'a dérogé ni pu déroger en rien à la règle tracée par l'article 1247 du Code Napoléon.

Le contraire se réalise si l'acheteur, mis au courant de la prétention du vendeur, s'abstient de toute protestation, de toute réserve, ou garde seulement le silence. Sa conduite n'est alors que l'aveu qu'il a réellement traité à la condition énoncée, tout au moins qu'il la consent. Dès-lors, proposée par l'un, acceptée par l'autre, la loi de la facture est obligatoire et doit sortir à effet.[1]

321. — Le principe en lui-même est trop rationnel pour qu'il soulevât de difficultés sérieuses. Il en est au-

[1] Colmar, 18 juillet 1832. C'est par erreur que le *Journal du Palais* attribue cet arrêt à la Cour de cassation.

trement de son application. A quelle époque l'acheteur sera-t-il censé avoir accepté? Faut-il qu'il proteste dès la réception de la facture et avant l'arrivée des marchandises? Peut-il surseoir jusque-là à s'expliquer, parce qu'il ne saura qu'alors s'il doit ou non prendre les marchandises pour son compte?

La Cour de cassation s'est prononcée dans ce dernier sens. Elle jugeait, le 3 mars 1835, que la convention qui indiquerait pour le payement un lieu autre que le domicile de l'acheteur ne peut résulter de l'acceptation de celui-ci, sans réclamation immédiate, d'une facture délivrée par le vendeur, et portant que le payement sera fait à son domicile, si plus tard, lorsque les marchandises lui parviennent, l'acheteur les refuse comme n'étant pas conformes à la commission.

La Cour de Colmar se rangeait à cette doctrine, en jugeant, le 1er décembre 1840, que le vendeur, qui, en expédiant des marchandises, a envoyé à l'acheteur une facture portant que le montant en sera payable au lieu de l'expédition, ne peut se prévaloir de cette mention qu'autant qu'elle a été expressément acceptée par le destinataire; qu'à cet égard le silence que celui-ci a gardé depuis la réception de la facture jusqu'à l'arrivée de la marchandise ne suffit pas pour faire présumer son acceptation.[1]

322. — L'opinion contraire a été consacrée par la

[1] *J. D. P.*, 1, 1841, 571. V. Lyon, 2, 18 décembre 1823 et 12 décembre 1832. Douai, 14 février 1838. *Ibid.* 1, 1840, 160.

Cour de Nancy, le 5 juillet 1837, et par celle d'Aix, le 24 juin 1842. L'une et l'autre déclarent que lorsque la facture a été envoyée assez longtemps avant l'arrivée de la marchandise pour que l'acheteur ait pu protester contre la mention que le payement devait être fait au domicile du vendeur, le silence gardé à ce sujet équivaut à l'acceptation de la condition, qui est dès-lors censée résulter du traité lui-même.[1]

323. — Il importe de remarquer que dans l'espèce de tous ces arrêts le tribunal de commerce s'était prononcé dans ce dernier sens ; que les jugements confirmés par les Cours de Nancy et d'Aix étaient réformés par les Cours de Lyon, Douai et Colmar.

Cette unanimité des tribunaux de commerce est un fait considérable. Elle prouve en effet que la nécessité de s'expliquer dès la réception de la facture n'est repoussée ni par les possibilités ni par les exigences de la pratique.

Pour nous, cette nécessité se justifie parfaitement au point de vue des principes. La qnestion si la marchandise est loyale, marchande, conforme à la commission, ne pent naître que dans l'exécution du marché, dont la difficulté elle-même établit et prouve l'existence, il ne s'agit donc que de savoir à quel tribunal est dévolu le droit de la résoudre.

Or, pour déterminer la compétence au point de vue de l'article 420 du Code de procédure civile, il faut s'en

[1] *Ibid.* 1, 1838, 329 ; 2, 1842, 195.

référer non à l'exécution que le traité reçoit ou doit recevoir, mais aux conditions arrêtées et convenues au moment de sa conclusion, et à défaut de convention écrite, il faut nécessairement, quant à ces conditions, s'en référer à la facture.

Donc, dès qu'elle arrive en ses mains, l'acheteur est en demeure, et par conséquent dans la nécessité de s'expliquer, de contrôler les prétentions du vendeur, d'en établir l'inexactitude, il le doit surtout en prévision des difficultés que l'exécution peut faire naître, s'il a intérêt, le cas échéant, à les faire vider par le juge de son domicile.

En conséquence, l'acceptation pure et simple de la facture, contrairement à cet intérêt, ne peut être que la reconnaissance de la sincérité des conditions qu'elle énonce, reconnaissance dont le bénéfice, désormais acquis au vendeur, ne saurait lui être enlevé par la prétention ultérieure de se refuser à la consommation du marché.

324. — Nous pensons donc, avec les Cours de Nancy et d'Aix, que si le temps écoulé entre la réception de la facture et celle de la marchandise a été tel que l'acheteur a été plus que suffisamment à même de protester contre l'indication du domicile du vendeur comme lieu de payement, il a été dans la nécessité de le faire ; que son silence a donné à cette indication le caractère et l'autorité d'une convention, que le refus ultérieur de recevoir la marchandise ne pouvait ni modifier ni altérer.

A plus forte raison le décidera-t-on ainsi lorsque non-seulement la facture, mais encore la marchandise elle-même a été reçue et agréée. Le marché est dès-lors con-

sommé, et l'absence de toute protestation contre l'indication de la facture entraîne alors cette conséquence : ou que la condition a été réellement convenue à l'origine du contrat, ou que, exigée par le vendeur, elle a été acceptée par l'acheteur.

On a cependant prétendu soutenir le contraire. Quelques rares arrêts l'ont même consacré. Mais la grande majorité des tribunaux et Cours le repoussent et le condamnent.

Vainement, en effet, objecte-t-on que les formules des factures étant préparées et imprimées longtemps à l'avance, on ne pouvait les considérer comme relatant les conditions d'un marché qui n'est formé que bien plus tard ; que leurs indications étant le fait exclusif du vendeur ne sauraient dès-lors lier obligatoirement l'acheteur.

Cela est vrai en principe, et tant que ce dernier ne pourra être censé y avoir acquiescé. Ce n'est, certes, pas être très exigeant que de le soumettre à protester pour qu'il en soit ainsi.

Donc, s'il reçoit la facture d'abord, les marchandises ensuite, sans faire entendre la moindre réclamation, sa conduite ne saurait s'interpréter que dans le sens que nous venons d'indiquer, c'est-à-dire qu'il en résultera ou qu'il reconnaît que les conditions que fait le vendeur sont bien celles dont on était convenu au moment du contrat, ou qu'il a consenti à les accepter depuis. Dans l'un et l'autre cas, il n'est ni recevable ni fondé à en récuser plus tard l'autorité.

325. — La Cour de Bordeaux consacrait le principe et l'appliquait même dans le cas où la chose vendue doit être livrée par parties et à des époques différentes. En conséquence, elle jugeait, le 31 juillet 1839, que lorsqu'un marché conclu au domicile de l'acheteur ne contient aucune convention relativement au lieu où le payement doit être effectué, si l'acheteur reçoit, sans protestation, une partie des marchandises avec une facture indiquant un lieu de payement, il accepte par cela même la juridiction du tribunal indiqué ; que dès-lors, si le vendeur refuse de livrer le restant des marchandises, c'est devant ce tribunal qu'il doit l'assigner.[1]

Cet arrêt est juridique. L'exécution partielle de la vente régit le contrat quant aux conditions auxquelles elle a eu lieu. Il est évident, en effet, que le mode d'exécution ne modifie en rien le traité. Essentiellement divisible quant à ce mode, ce traité ne peut se diviser quant aux conditions sous l'empire desquelles il a été contracté. Celui-là donc qui, en recevant une partie de la chose vendue, a reconnu devoir la payer dans un lieu déterminé, a par cela même accepté l'obligation d'en agir de même pour tout ce qui reste à livrer.

326. — Le refus ou le défaut de payement du prix laisserait la vente sans la contre-valeur qui en caractérise l'essence. Il était donc naturel et juste de permettre au vendeur, soit de se refuser à tenir son engagement, soit à revenir contre l'exécution qu'il lui aurait déjà don-

[1] *J. D. P.*, 1, 1840, 16.

née. C'est ce que consacre l'article 1654 du Code Napoléon.

On a prétendu que cet article ne disposait que pour la vente immobilière; que, par conséquent, on ne pouvait l'appliquer aux ventes mobilières, et à plus forte raison aux transactions commerciales. Maïs cette prétention a été à bon droit repoussée par la doctrine, condamnée par la jurisprudence.[1]

327. — Ce qui est vrai, c'est que dans la vente commerciale la résiliation ne sera pas toujours possible. Son effet étant de faire rentrer le vendeur dans la possession de la chose dont il s'est dessaisi, son exercice suppose nécessairement l'existence intacte et distincte de celle-ci entre les mains de l'acheteur.

Or, comment rencontrer cette condition, lorque la chose vendue, déterminée seulement par l'espèce et la quantité, est venue se mêler et se fondre dans les magasins de l'acheteur avec les choses de même nature qui y étaient reposées? Résilier la vente avec les conséquences que la mesure entraîne, serait donc autoriser le vendeur à s'introduire dans le magasin de l'acheteur, et à prendre sur le tas de ses marchandises une quantité de mesures égale à celle qu'il a livrée, alors même que par le mélange la chose vendue eût doublé de valeur. Un pareil résultat pourrait-il raisonnablement se concevoir?

[1] Pardessus, n° 289; Troplong, n° 645; Paris, 18 août 1829 et 20 juillet 1831; *D, P.*, 29, 2, 281; 31, 2, 238.

328. — La résiliation serait plus impossible encore si, ayant acheté pour revendre, le commerçant avait en effet revendu; celui qui tiendrait de lui les marchandises, ne pourrait en être dépouillé par le vendeur primitif non payé. Vainement lui opposerait-on la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, les meubles n'ont pas de suite, et leur revendication contre le détenteur actuel n'est autorisée qu'en cas de perte ou de vol.

Donc, dans nos hypothèses, le vendeur primitif non payé n'a évidemment que l'action en payement contre son acheteur, non qu'il ne fût fondé à demander la résiliation, mais parce que son action à cet effet serait sans issue possible, et que la restitution ordonnée par justice ne pourrait être contrainte, la chose ayant été dénaturée ou étant régulièrement sortie des mains de l'acheteur.

Mais toutes les fois qu'on ne se trouvera pas en présence de ces difficultés, l'article 1654 sera parfaitement applicable. Supposez, en effet, que la chose vendue, reposée dans un magasin dont le vendeur a remis les clefs, n'ait pas encore été enlevée, la résiliation devant empêcher tout enlèvement ultérieur, son utilité et par conséquent le droit de la faire prononcer ne sauraient être ni méconnus, ni contestés.

Il en serait de même si la chose vendue n'avait pas encore été livrée ou ne l'avait été que partiellement. La résiliation, dans ce dernier cas, si elle ne pouvait déterminer la restitution des livraisons consommées, dispenserait de l'obligation de réaliser celles restant à faire, et

rendrait au vendeur la libre disposition des choses devant en faire l'objet, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient lui être dûs.

329. — A l'impossibilité de fait de la résiliation de la vente commerciale pour défaut de payement du prix, lorsqu'il y a eu livraison, se joint une impossibilité de droit, lorsque ce défaut de payement est le résultat de la déconfiture et de la faillite de l'acheteur. La résiliation, dans ce cas, serait une véritable revendication. Les motifs qui ont fait repousser celle-ci feraient donc nécessairement repousser celle-là, soit que les marchandises fussent dans les magasins du failli, soit qu'elles se trouvassent dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre.

330. — Le bénéfice de l'article 576 du Code de commerce est acquis aux ayants droit dès qu'il y a déconfiture et cessation de payements. L'absence d'un jugement déclaratif de faillite ne créerait aucun obstacle au rejet de la demande en résiliation.

On le sait, en effet; ce qui constitue la faillite, c'est la cessation des payements que ce jugement ne fait que constater. Aussi, est-il admis en doctrine et en jurisprudence que l'absence de jugement déclaratif ne lie en aucune manière les tribunaux civils ou criminels, ils peuvent et doivent au contraire appliquer les règles spéciales de la faillite lorsqu'ils reconnaissent et constatent la cessation de payements.

331. — L'opinion contraire pourrait invoquer un ar-

rêt de la Cour de Paris du 20 juillet 1831, qui admet la résiliation par la raison que la faillite n'avait pas été judiciairement déclarée.

Comme principe, cet arrêt ne saurait être ni approuvé ni suivi, il constate lui-même que le débiteur avait abandonné son domicile. Or, de tous les temps cet abandon a dû être et a été considéré comme l'indice le plus formel de l'état de faillite.

Ce qui explique jusqu'à un certain point la solution qu'il consacre, c'est la qualité des parties contendantes. Un seul créancier contestait la résiliation comme délégataire du prix que devait produire la revente des marchandises à l'occasion desquelles la résiliation était poursuivie.

Or, le tribunal avait déclaré que cette délégation n'était pas sérieuse et avait été faite en fraude des droits du vendeur ; et la Cour ajoutait que dans tous les cas on n'avait pas à s'en occuper, puisqu'elle ne pouvait être acquittée que sur le prix de la revente, qui ne pouvait avoir lieu par suite de la résiliation.

Ce créancier ainsi écarté, et la résiliation n'étant contestée par aucun autre, on comprend sa consécration, mais ce que nous ne saurions admettre, c'est l'inapplicabilité de l'article 576, en l'absence d'un jugement déclaratif. Cet article, en effet, dispose pour le cas de faillite, et celle-ci ne saurait être contestée dès qu'il y a cessation de payements.

Un autre arrêt de la même Cour, du 18 août 1829, admet et consacre la résiliation, malgré que la faillite eût été judiciairement déclarée.

Il s'agissait dans cette espèce d'un fonds d'hôtel garni, et la Cour déclarait que l'acheteur était déjà en état de complète insolvabilité au moment de la vente, elle la résilie donc par infirmation du jugement qui avait refusé de le faire.

Le silence que le Code de Commerce gardait sur le privilége du vendeur d'un meuble incorporel non payé pouvait sembler en permettre la consécration. L'article 550 de la loi de 1838 en interdit désormais toute possibilité. En refusant expressément non-seulement la revendication, mais encore tout privilége, le législateur n'assigne au vendeur non payé, après faillite de l'acheteur, que la position et les droits d'un créancier ordinaire.

En réalité donc la résiliation, en la supposant possible en fait, ne peut être poursuivie que contre l'acheteur personnellement, et pendant qu'il est *integri status*, Sa déconfiture, judiciairement déclarée ou non, ne laisse au vendeur que l'action en payement du prix, et le soumet, quant à ce payement, à la loi que subiront tous les autres créanciers. Ces derniers, pour déterminer ce résultat, n'ont à établir que la cessation de payements en fait.

332. — On pourrait objecter que les conséquences de ce système arrivent à faire de la résiliation un droit plutôt apparent que réel, puisqu'il en rend l'exercice impossible. En effet, le commerçant qui ne paye pas le prix de ce qu'il a acheté est en état de cessation de payements, et le vendeur sera non-recevable à agir, précisément au moment où il est appelé à le faire.

C'est ce qui à donné naissance à l'opinion que nous

indiquions tout à l'heure, l'inapplicabilité de l'article 1654 à la vente commerciale. Cette disposition, a-t-on dit, ne concerne que la vente immobilière, car elle n'a d'efficacité que pour ce qui la concerne. Tant que l'immeuble vendu existe, la résiliation, à défaut de payement du prix, ne saurait rencontrer aucun obstacle sérieux. On comprend donc que la loi se soit uniquement et exclusivement préoccupée de ce cas.

333. — Cette opinion, nous l'avons dit, n'a été admise ni en doctrine ni en jurisprudence. L'impossibilité d'application de l'article 1654 aux ventes commerciales qui en fait la base n'est pas absolue et ne se réalisera pas dans tous les cas. Le refus de payer le prix peut tenir à tout autre chose qu'à l'insolvabilité, il peut être déterminé par des difficultés sur le caractère ou la nature de la vente, sur le mode de son exécution. Dans ce cas, ou les prétentions de l'acheteur sont fondées, et la résiliation réclamée par le vendeur serait repoussée, ou ces prètentions seront condamnées, et la résiliation sera la juste peine d'une résistance illégale.

Il est encore une hypothèse où la faillite, même judiciairement déclarée, ne créerait aucun obstacle à la résiliation, par exemple, si la vente étant à livrer, l'époque de la livraison avait été échélonnée à des termes divers.

Le vendeur non-recevable à faire résilier le contrat pour les livraisons déjà opérées serait fondé à se faire exonérer de l'obligation de réaliser les livraisons futures. La masse elle-même ne saurait résister à la résiliation qu'en offrant, soit une caution, soit le payement intégral

non-seulement de tout ce qui resterait à livrer, mais encore de tout ce qui l'a été avant la faillite.

On ne saurait en effet scinder le contrat : refuser le payement pour une partie, l'accorder pour une autre ; le vendeur se retrancherait avec raison derrière son indivisibilité, et sa prétention de le faire exécuter pour le tout ou à en faire prononcer la résiliation ne pourrait être raisonnablement repoussée. C'est le cas ou jamais d'appliquer la fameuse devise : *Sint ut sunt, aut non sint.*

334. — La déconfiture, qui tout à l'heure nuisait au vendeur, tourne ici à son avantage, elle lui assure ou l'exécution entière du contrat, ou la disposition des quantités restant à livrer, et par conséquent, en cas de hausse, le moyen de réaliser un bénéfice qui atténuera d'autant la perte qu'il a à subir sur le prix des livraisons déjà opérées.

Le même avantage se produit pour le vendeur à un autre point de vue. Nous avons déjà dit que la déconfiture notoire de l'acheteur l'autorise, s'il n'a pas encore livré, à refuser de le faire, à moins d'un payement immédiat ou d'une caution solvable, malgré le terme qu'il a accordé. La résiliation de la vente qui serait la conséquence forcée du refus de l'un ou de l'autre, même contre la masse des créanciers, le met à couvert du préjudice que pourrait lui occasionner la déconfiture ou la faillite de l'acheteur.

335. — Au reste, il en est de la résiliation pour défaut de payement du prix, comme de celle pour refus

de retirement, elle est exclusivement en faveur du vendeur, qui ne saurait jamais être contraint à en poursuivre ou à en subir les effets. Il n'a d'autre règle à suivre que son intérêt et ses convenances, il peut donc demander l'exécution pure et simple du contrat, et faire condamner l'acheteur au payement du prix, et l'y contraindre sur sa personne et sur ses biens.

Il peut, si la chose vendue est encore en sa possession, en faire ordonner ou le dépôt en mains tierces, ou la vente aux enchères, aux risques et péril de l'acheteur. Dans ce dernier cas, retenir le produit de la vente en compensation du prix, sauf à se faire indemniser de la différence en moins entre l'une et l'autre.

Cette différence est due même en cas de résiliation, elle constitue alors les dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat. Elle se calculerait sur le prix convenu et le cours officiel du jour de la résiliation.

SECTION V.

De la preuve de la vente.

—

SOMMAIRE.

336. L'écrit n'a jamais été requis pour la validité de la vente en principe. Droit ancien.
337. Caractère de l'article 1582 du Code Napoléon. Sa véritable signification.
338. Mais il est indispensable, en droit commun, pour établir la preuve de la vente.
339. Nécessité d'une dérogation dans la matière commerciale. Conséquences quant aux modes de preuves.

340. Foi due à l'acte public. Ses formes. Effets de son irrégularité.
341. L'acte sous seing privé n'est pas soumis aux conditions prescrites par l'article 1325 du Code Napoléon.
342. Caractère du bordereau de l'agent de change ou courtier.
343. Ses effets sous le droit ancien.
344. Le Code ne lui reconnaît le caractère de preuve que s'il est signé par les parties. Ses motifs. Discussion au conseil d'Etat.
345. L'absence de signature annule-t-elle nécessairement la vente.
346. La signature n'est requise qu'en tant qu'il n'y a pas eu encore livraison.
347. L'acceptation de la facture prouve la vente. Motif du silence gardé sur l'acceptation de la marchandise.
348. Conséquences de celle-ci si la facture n'a été envoyée qu'après qu'elle a eu lieu.
349. A quel moment sera-t-elle réputée acceptée.
350. Exception si celui qui la reçoit ne doit agir que comme commissionnaire.
351. De quoi résultera la preuve qu'il n'a reçu qu'en cette qualité.
352. Influence de la stipulation et de la concession d'un dû croire.
353. Effet de l'envoi de la facture contre le vendeur.
354. La vente peut être prouvée par la correspondance. Son efficacité.
355. Le vendeur est-il toujours tenu de produire l'original de l'acceptation par le vendeur ?
356. Jugement notable du tribunal de commerce du Hâvre, confirmé par la Cour de Rouen.
357. A quelle époque la vente par correspondance a existé. Renvoi.
358. Devant quel tribunal devra-t-on porter la contestation ?
359. Prétention de ne considérer l'acceptation comme acquise qu'au lieu où elle a été connue. Arrêt contraire de la Cour de Colmar.

336. — En la forme, la vente n'a jamais exigé l'écriture ; le consentement réciproque sur la chose et le prix constitue le contrat et crée le lien légal et obligatoire. Une convention écrite n'ajouterait rien ni à sa force ni à son autorité. Aussi ne l'exigeait-on que si sa rédaction avait été expressément convenue. C'est ce que le droit romain consacrait expressément.[1]

L'ancien droit français avait suivi ces errements, ainsi l'attestent Domat et Pothier, ainsi le reconnaissait la Cour de cassation, par arrêt du 10 thermidor an XIII.

[1] L. 1, § 2, Dig. *de Cont. empt.* L. 12. *ibid. de Fid. instrum.*

337. — On aurait pu, des termes de l'article 1582 du Code Napoléon, induire que le nouveau législateur avait pensé le contraire ; et soutenir que la faculté qu'il confère n'étant relative qu'à la forme de l'acte, il prescrivait par cela même sa rédaction.

Mais la discussion législative repousse énergiquement cette interprétation. Le conseil d'Etat la condamnait expressément, en rejetant la proposition du tribunat tendante à ajouter à l'article cette disposition : *Néanmoins toute vente d'immeubles doit être faite par écrit.*

Ce rejet fixe la véritable signification de l'article 1582. Si les parties recourent à l'écriture, elles pourront donner à l'acte la forme authentique, ou le rédiger sous seing privé, mais elles ne sont pas obligées de le faire ; et si elles s'en abstiennent, la vente n'en sera ni moins régulière ni moins valable si la régularité et la validité du consentement qui en est la base sont acquises et reconnues.

Le rejet de la proposition du tribunat est d'autant plus significatif que ces termes étaient précisément ceux que la loi emprunte toutes les fois qu'elle exige que l'opération soit constatée par écrit ; qu'elle proscrit notamment la vente verbale. C'est ce qu'elle fait dans l'article 195 du Code de commerce pour la vente des navires ; dans la loi des 14-25 mai 1791, pour celle des brevets d'invention.

La doctrine et la jurisprudence ne pouvaient donc se méprendre sur la portée de ce précédent législatif, elles l'ont admis comme consacrant la validité des ventes ver-

bales dans tous les cas régis par les articles 1582 et suivants du Code Napoléon.

338. — Mais l'efficacité de la vente verbale est subordonnée à sa reconnaissance par toutes les parties. La dénégation qu'en ferait l'une d'elles serait dans le cas de créer une invincible obstacle à son exécution.

En effet, celui qui en attaquerait l'existence serait obligé de la prouver et il ne serait pas toujours recevable à le faire.

On sait que depuis l'ordonnance de 1566, la preuve testimoniale a été prohibée pour les obligations dépassant une somme déterminée. Cette prohibition, confirmée par l'ordonnance de 1667, se trouve reproduite dans l'article 1341 du Code Napoléon. Il est dès-lors évident que si l'objet de la vente était d'une valeur excédant 150 fr., l'absence d'une preuve écrite la condamnerait fatalement à l'impuissance et ne permettrait pas d'en ordonner l'exécution.

Ainsi l'acte écrit, qui n'est pas nécessaire pour la validité de la vente, est, en droit commun, indispensable pour en établir l'existence, *quoad probationem*. Devait-on, pouvait-on appliquer cette règle à la vente commerciale ?

339. — Les entraves qu'elle aurait apporté à des opérations dont rien ne doit gêner l'indispensable rapidité, semblait placer la négative hors de tout doute. Ce n'est pas cependant ce qu'avait pensé la commission chargée de préparer le Code de commerce, elle proposait en

conséquence de disposer que la vente commerciale ne pourrait être prouvée par témoins que s'il existait un commencement de preuve par écrit.

La commission s'étayait sur l'abus qu'on peut si facilement faire de la preuve testimoniale quand la loi la permet sans restrictions. Les dépositions, disait-elle, sont trop souvent incertaines; elles ont rarement un caractère de vérité bien constant; les témoins qu'on invoque peuvent s'être mépris sur le sens de ce qu'ils ont entendu; ils peuvent omettre des circonstances qui souvent changent et dénaturent les faits qu'ils sont appelés à justifier; leur mémoire peut n'etre pas assez fidèle; ils peuvent être de mauvaise foi; ils peuvent s'entendre avec les parties.

Oui, ce sont là les inconvénients inévitables de la preuve testimoniale, mais la prohiber ou en subordonner la recevabilité à un commencement de preuve par écrit, dans les affaires de commerce, n'était-ce pas ouvrir la porte à des inconvénients beaucoup plus graves, et porter un coup funeste au développement et à l'essor des transactions? La plupart d'entre elles, observaient les chambres et tribunaux de commerce, s'opérant dans les foires et marchés, ne peuvent être prouvées que par témoins. On détruirait donc tout moyen de réclamation, si on n'admettait la preuve testimoniale que lorsqu'il existerait un commencement de preuve par écrit, ce qui d'ailleurs serait contraire aux usages et à la jurisprudence des tribunaux de commerce.

Ces usages et cette jurisprudence répondaient à une nécessité, à des exigences trop réelles pour qu'on pût en

méconnaître l'autorité. Aussi la commission d'abord, le conseil d'Etat ensuite, n'hésitèrent pas à consacrer l'article 109 tel qu'il figure dans le Code, et à admettre la recevabilité de la preuve de la vente sans restriction et sans condition.

340. — Mais en ne faisant pas un devoir de la preuve écrite, le législateur ne pouvait avoir la pensée de l'exclure. L'acte soit public, soit sous seing privé, sera toujours le mode le plus énergique, le plus décisif d'établir l'existence et la certitude du fait qu'il constate. C'est à ce titre que l'article 109 les place l'un et l'autre en tête des moyens de preuve qu'il énumère.

L'acte public reçoit son caractère de l'observation des formes qui lui sont imposées par la loi, et dont quelques-unes sont prescrites à peine de nullité, mais l'invalidité de l'instrument n'aurait aucune influence sur la vente en elle-même. L'acte nul comme acte public vaudrait comme acte sous seing privé, s'il était signé par les parties. A défaut, la vente pourrait être établie par l'un des modes autorisés par l'article 109.

341.— A son tour, l'acte sous seing privé doit revêtir certaine forme. L'article 1325 du Code Napoléon notamment, exige qu'il soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; et que l'acte en mentionne le nombre. Or, la vente étant un acte essentiellement synallagmatique, se trouve naturellement régie par cette disposition, que résultera-t-il de son inobservation ?

La question ne saurait être douteuse, dans la vente ordinaire, l'acte écrit est indispensable *quoad probationem*. Or, celui qui ne pourrait invoquer qu'un titre irrégulier et nul, n'aurait en réalité aucun titre, et sa prétention serait repoussée pour défaut de justification.

Notre article 109 indique et prouve qu'il ne saurait en être ainsi pour la vente commerciale. A quoi bon, en effet, se préoccuper de la forme, lorsque le titre lui-même n'est pas nécessaire? La signature de celui qui conteste sur le seul original existant n'est-elle pas une preuve aussi énergique que celles que l'article 109 autorise?

Le législateur n'a sanctionné l'article 1325 du Code Napoléon que pour empêcher que, par une inégalité choquante, l'une des parties pût contraindre l'autre à une exécution que celle-ci ne pourrait exiger. Or, cette infériorité de position est impossible dans la vente commerciale. Le contractant qui n'aura ni exigé, ni reçu l'original qu'il devait exiger et recevoir, pourra toujours recourir aux modes de preuves autorisés, et obtiendra la satisfaction qui lui est due.

Sans doute il est moins avantageusement placé que le porteur de l'unique original. Celui-ci, en effet, pourra induire de cet original la preuve qu'il sera obligé, lui, d'établir par les documents, par témoins ou par présomptions. Mais il ne pourra s'en plaindre sans s'accuser de négligence, sans se convaincre de légèreté ; il ne subit donc que la loi qu'il s'est bien volontairement faite lui-même.

Il ne saurait, dans tous les cas, exciper de cette négli-

gence pour échapper aux conséquences de l'article 109. L'écrit non fait double, signé par lui, s'il ne suffit pas pour prouver la vente, la fait certainement présumer, et le juge, libre d'obéir aux inspirations de sa conscience, use de son droit en en reconnaissant l'existence, en en prescrivant l'exécution.

342. — L'article 109 admet comme preuve de la vente le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier.

C'est qu'en effet la vente n'est pas toujours convenue directement par les parties. Bien souvent elle aura été conclue par l'intermédiaire légal à qui ce soin est attribué.

Nous avons même vu que pour la vente et l'achat des effets publics, tout se passe entre agents de change, sans que les parties se connaissent entre elles. Il n'en est point ainsi des marchandises. Si la conclusion du marché peut être convenue par les courtiers, l'exécution ne peut être que le fait des parties qui seules sont appelées à la consommer. Or, il était facile de prévoir que cette exécution, demandée par l'un, refusée par l'autre, mettrait en question l'existence de la vente.

Il était donc naturel de demander la solution de la difficulté à l'officier public par le ministère duquel l'opération s'était traitée.

343. — Mais quel devait être le caractère du bordereau délivré par l'agent de change ou le courtier? Fallait-il le considérer comme faisant foi par lui-même de l'existence de la vente en faveur ou contre les parties?

Le caractère public de ces officiers avait paru, sous notre ancien droit, devoir faire admettre l'affirmative. En conséquence, un arrêt du conseil, du 24 septembre 1734, déclarait que les agents de change ayant foi et serment en justice, leurs livres faisaient preuve des négociations dont ils s'étaient mêlés. Cet arrêt était devenu le droit commun de la matière.

344. — Dans la préparation du Code de commerce, la commission avait cru devoir suivre ces errements, elle proposait, en conséquence, la consécration et le maintien de ce droit.

Le commerce, presque unanime, repoussait cette proposition dont il signalait les inconvénients et les dangers; il dépendrait d'un agent de change ou d'un courtier, disait-on de toute part, de ruiner un commerçant, s'il voulait abuser du pouvoir qu'on propose de lui donner; il pourrait s'entendre avec un prétendu acheteur et consacrer les marchés les plus ruineux, si son témoignage était admis comme preuve irrécusable. Outre qu'il est dangereux, il est encore injuste que ce témoignage d'un intermédiaire puisse devenir une preuve juridique, il ne peut être admis s'il y a dénégation du marché; il peut l'être seulement lorsque la contestation ne porte que sur les conditions du marché.[1]

Touchée de ces objections, la commission modifia le projet et proposa de n'accorder foi au bordereau de l'agent que lorsqu'il serait revêtu de la signature des parties

[1] *Analyse raisonnée des observations des trib.*, p. 41.

Mais cette modification souleva une vive discussion au conseil d'Etat. MM. Merlin et Jaubert lui reprochaient : 1° de dénaturer le ministère des courtiers, puisque le marché ne se consommerait plus par eux, et que les parties auraient la faculté de se rétracter ; 2° de rendre inutile l'obligation de tenir des livres de suite et sans blancs suffisants pour déjouer la fraude ; 3° enfin d'être impossible là où il y a un grand mouvement d'affaires.

MM. Regnault de Saint-Jean-d'Angely et Cambacères appuyaient la proposition de la commission, en opposant les dangers signalés par le commerce qui devaient résulter du rejet de la condition. Sur leurs observations, la nouvelle rédaction fut maintenue et devint le droit commun.[1]

Ainsi, le bordereau du courtier ne fait preuve de la vente que si les parties l'ont respectivement signé; il semble dès-lors que l'exigence de cette condition dispensait le législateur de s'en expliquer, car le bordereau signé par les parties est moins une attestation, un témoignage, qu'un véritable acte de vente, dont les signataires ne pourraient récuser l'autorité.

Mais le silence de la loi eût pu autoriser la prétention de voir, dans le bordereau émané exclusivement du courtier, la preuve de la vente, et comme le législateur ne l'entendait pas ainsi, il a voulu prévenir toutes difficultés en formulant et précisant sa pensée.

345. — L'absence de la signature des parties sur le bordereau entraîne-t-elle fatalement le rejet de la préten-

[1] Procès-verbal du 20 janvier 1807, n°s 33 et suiv. Locré, t. 17, 241.

tion fondée sur l'existence de la vente; de telle sorte que les juges ne puissent reconnaître celle-ci, et en prescrire l'exécution?

L'affirmative méconnaîtrait la pensée du législateur et irait au delà de son intention. Son but unique, comme l'exprimait le prince archichancelier, a été de proscrire toute règle absolue, liant tellement le juge qu'il ne lui serait plus permis d'écouter et de suivre les inspirations de sa conscience, les exigences de l'équité.

Il s'en rapporte donc dans cette circonstance, comme dans toutes les hypothèses où il s'agit d'une question de fait, à son appréciation souveraine. De là l'ensemble de l'article 109 faisant une si large part dans la détermination des éléments de cette appréciation; d'ailleurs, l'admissibilité de la preuve testimoniale entraîne celle de la preuve par présomptions. Donc, si indépendamment du bordereau non signé par les parties, il en existe de graves, précises et concordantes, comprendrait-on que le juge dût les méconnaître et en récuser l'autorité?

Ainsi, l'irrégularité du bordereau n'a pas d'autre résultat que celui-ci. La signature des parties lui eût donné le caractère de preuve positive, l'existence de la vente en eût été la conséquence immédiate, forcée, sans qu'il fût nécessaire de fournir d'autre preuve à l'appui.

L'absence de signature lui enlève toute force probante. La vente reste en l'état de pure allégation de la part de celui qui s'en prévaut, il sera dès-lors obligé de l'établir par tout autre mode de preuve admis par l'article 109, notamment par la preuve testimoniale.

La partie pourra donc en appeler au témoignage de

l'intermédiaire qui a négocié le marché, tout au moins étayer la sincérité du bordereau sur des présomptions ou des preuves extrinsèques, et si les circonstances donnent au juge la conviction de la réalité et de la sincérité de l'opération, son devoir sera d'en reconnaître et d'en constater l'existence; d'en ordonner l'exécution.[1]

346. — M. Défermon proposait de n'exiger la signature des parties sur le bordereau que lorsqu'il n'y a pas eu encore livraison, car, disait-il, il ne faut pas que le bordereau irrégulier puisse détruire la vente.

Cela était si naturel et s'induisait tellement du fait, qu'on n'avait pas à l'exprimer dans la loi. Lorsque la chose vendue a été livrée d'un côté, reçue de l'autre, il ne peut plus s'agir du plus ou moins de régularité du bordereau. La preuve de la vente qu'on voudrait y chercher ne résulte-t-elle pas de l'exécution qui lui a été donnée?

Le réceptionnaire prétendra-t-il qu'il ne s'est agi que d'une consignation ou d'un dépôt? Son allégation ne pourrait être accueillie que s'il en prouvait la réalité et la sincérité. Il est difficile d'admettre qu'une opération de cette nature ne laisse pas quelques traces, soit dans la correspondance, soit dans le caractère des précédentes relations, soit dans les énonciations de la facture accompagnant l'envoi, ou l'ayant précédé ou suivi.

347. — La loi fait résulter la preuve de la vente de la

[1] Orléans, 31 janvier 1817.

réception de celle-ci sans protestation. L'on pourrait s'étonner qu'elle n'ait pas attaché le même effet à celle de la marchandise. Mais cela s'explique par la nature des choses, par le désir de prévenir une fraude.

Supposez un envoi en consignation ou en dépôt. Une baisse considérable venant à se réaliser, l'expéditeur aurait pu vouloir faire considérer l'opération comme une vente, en conséquence, adresser une facture dans ce sens après l'arrivée de la marchandise aux mains du destinataire.

Si la réception de celle-ci avait été considérée comme preuve de la vente, ce destinataire se trouverait acheteur avant d'avoir été mis en demeure de protester contre cette qualité, et de donner à l'opération son véritable caractére.

Cette mise en demeure, en effet, ne peut résulter que de la réception de la facture. Ses indications divulguent les prétentions de l'expéditeur et, en donnant le moyen de le contredire, en imposent le devoir.

La raison et la justice voulaient donc que la preuve de la vente ne s'induisît que du silence et du défaut de réclamation qui auraient suivi la réception de la facture.

348. — Ainsi, à quelque époque que la marchandise ait été reçue, on ne pourra la considérer comme prouvant la vente que si elle a été accompagnée ou précédée de l'envoi et de la réception de la facture. Si l'un et l'autre ne se sont réalisés que plus tard, les protestations immédiatement faites, la non-acceptation de la facture soustrairont le litige à l'empire de notre article 109.

349. — Nous avons indiqué la controverse qui s'est établie sur la question de savoir si relativement à l'indication du lieu du payement, l'acheteur doit protester dès la réception de la facture, ou s'il peut attendre l'arrivée de la marchandise.[1]

Les motifs dont on étaye ce dernier sens ne pourraient même être invoqués dans notre hypothèse. Celui, en effet, qui n'a rien acheté et à qui on vient dire, je vous ai vendu telle chose, ne saurait hésiter. La vue de la marchandise annoncée et expédiée ne lui apprendra rien, il n'a donc pas à l'attendre.

On conçoit jusqu'à un certain point la conduite contraire lorsqu'il s'agit du mode d'exécution à donner à une vente certaine et reconnue. Mais si son existence est déniée, la qualité plus ou moins avantageuse de la marchandise est fort indifférente. Qu'importe, en effet, que la marchandise expédiée soit bonne ou mauvaise, lorsqu'en fait le destinataire n'a rien demandé, rien acheté? Or, comment pourra-t-il le prétendre si, recevant facture à un achat qu'il ne pouvait même soupçonner, il ne s'empresse de réclamer et de protester immédiatement et en quelque sorte courrier par courrier ? S'il garde le silence jusqu'à l'arrivée des marchandises, le refus qu'il en ferait constituerait une difficulté sur l'exécution du contrat, mais ne saurait annuler l'effet de la reconnaissance tacite de son existence, résultant de la réception de la facture sans réclamation ni protestation.

[1] *Sup.*, n[os] 322, 323.

350. — Cette règle est susceptible d'être modifiée par la nature réelle de l'opération, par la qualité des parties.

Le commissionnaire à la vente, quoique agissant en son nom personnel, n'en est pas moins un simple mandataire à l'égard de son commettant. Or, il arrive souvent que celui-ci, qui ignore au moment de l'expédition des marchandises quels en seront les acheteurs, les facture simplement au nom du commissionnaire, qui paraît ainsi un acheteur ordinaire.

Pourra-t-il, la baisse survenant, lui attribuer cette qualité et l'induire de l'acceptation de la facture? Non évidemment, car ce serait l'autoriser à dénaturer le contrat; non encore, parce que l'acceptation de la facture de la part du commissionnaire n'a été et n'a pu être que l'exécution donnée à la mission qui lui était confiée.

351. — Mais on comprend que la réalité de cette mission doit être acquise ou prouvée par celui qui en allègue l'existence. S'il est rationnel et juste que le commissionnaire ne puisse être réputé acheteur, suivant l'intérêt du commettant, il serait inique que l'acheteur pût à sa convenance répudier cette qualité et se parer de celle de commissionnaire.

Les juges ne peuvent donc se prononcer qu'à bon escient, et sur la preuve du caractère réel de l'opération. Cette preuve résulterait naturellement des termes de la convention, si les parties avaient constaté leurs accords par écrit.

A défaut, on pourra l'induire de la nature du com-

merce des parties; de la qualité du commissionnaire chez le réceptionnaire; des précédents; de la correspondance; du règlement des comptes de ventes antérieurement opérées, qui énonceraient et admettraient soit une commission, soit un *dû croire*.

En effet, de l'acheteur au vendeur, la bonification convenue et acceptée ne constituera qu'un escompte, et figurera sous cette qualification. Il ne peut venir à la pensée de l'un d'exiger, à celle de l'autre d'accorder un droit de commission qui ne peut être que le salaire des peines et soins de l'intermédiaire qui a rapproché les parties et a amené la conclusion du marché; la stipulation de ce droit est donc exclusive de la qualité d'acheteur chez son bénéficiaire.

352. — Ce qui est vrai pour le simple droit de commission, l'est à plus forte raison pour le *dû croire*, celui-ci n'est en effet que le prix en échange duquel le commissionnaire garantit la solvabilité des acheteurs avec lesquels il a traité de la marchandise du commettant.

Sa stipulation, acceptée par celui-ci, ne permettrait pas d'hésiter sur sa qualité; comment concilierait-il le *dû croire* avec sa prétention d'avoir été vendeur? Mais si vendeur, il demeurait absolument étranger à la revente et n'avait ni à s'enquerir ni à s'inquiéter de la solvabilité des acheteurs, pourquoi donc en exige-t-il et en paye-t-il la garantie?

Nous avons donc raison de le dire, la concession d'un droit de commission, celle d'un *dû croire*, fixe le caractère du contrat, la qualité des parties. L'expéditeur n'est

qu'un commettant, le destinataire qu'un commissionnaire, quels que soient d'ailleurs les termes de la facture. Donc l'acceptation pure et simple de celle-ci, la réception de la marchandise elle-même ne saurait constituer l'un vendeur, l'autre acheteur, et donner lieu par conséquent à l'application de l'article 109.

353. — Le législateur, qui règle pour l'acheteur l'effet de la réception de la facture, se tait sur celui que son envoi produirait contre le vendeur, c'est qu'il ne pouvait être qu'on prévît que celui-ci, après cet envoi, dénierait l'existence de la vente. Toute tentative dans ce sens serait vaine, et viendrait fatalement échouer devant la preuve écrite du contraire qu'il aurait lui-même fournie.

La facture, en effet, si elle ne fait foi contre l'acheteur qu'après son acceptation, lie obligatoirement son auteur dès que, l'ayant revêtue de sa signature, il l'a envoyée au destinataire. Pour ce qui le concerne donc, on ne saurait sans mentir à l'évidence refuser à la facture le caractère d'un titre dans le sens que la loi attache à ce mot.

354. — A défaut de titre, en l'absence de bordereau régulier ou de facture acceptée, la preuve de la vente peut se puiser dans la correspondance et résulter de ses indications.

Les transactions commerciales ayant lieu le plus souvent d'une place sur l'autre, il est difficile d'admettre qu'on ne pourra pas en saisir la trace dans les lettres dont elle seront devenues l'occasion. La correspondance ne pouvait donc être omise dans l'énumération des modes

de preuve admissibles. Elle en est en réalité le plus péremptoire, le plus décisif, car on pourra y saisir l'opération dans son origine, dans ses conditions, et en déterminer le véritable caractère.

355. — Est-il indispensable que celui qui se prévaut de la correspondance et qui justifie par son copie de lettres, soit de son acceptation, soit de la demande, produise l'original de la réponse ou de la proposition de son adversaire ?

Il est évident que la vente n'est parfaite que par le concours des volontés ; que par conséquent celui qui excipe de l'une doit établir l'autre.

Mais il ne faudrait pas que celui qui reçoit une demande pût, en négligeant de répondre, se ménager le moyen d'exciper de la vente en cas de baisse ultérieure, de la dénier en cas de hausse. La loyauté commerciale lui fait un devoir de s'expliquer, et l'inobservation de ce devoir pourra, dans certains cas, le faire considérer comme ayant consenti et accepté la proposition : *Qui tacet consentire videtur*.

On n'a jamais hésité en commerce à appliquer cette règle et à tenir comme acceptée la lettre non répondue.

On pourrait vouloir expliquer le défaut de réponse par la non réception de la lettre, mais l'usage commercial a en quelque sorte prévu cette excuse et a tracé les conditions de son admissibilité.

Ainsi l'écrivain qui n'a reçu encore aucune réponse ne manque pas, en écrivant de nouveau, de s'en référer à sa lettre précédente qu'il déclare confirmer en tout son

contenu. Si cette lettre n'est pas arrivée, son destinataire ne manquera pas de s'en plaindre en répondant à la seconde, et s'il ne le fait pas, son silence ne peut être considéré que comme l'aveu de sa réception.

356. — Le tribunal de commerce du Hâvre faisait une remarquable application de cette doctrine, le 14 janvier 1840.

« Attendu, disait le jugement, que l'article 109 du Code de commerce, qui indique les divers modes de constater les achats et ventes, dispose qu'ils peuvent l'être par correspondance ; qu'en effet entre des maisons qui résident sur des places différentes, les affaires les plus importantes se traitent par lettres sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres actes ;

« Attendu qu'il est dans les habitudes d'un négociant qu'en écrivant à un correspondant qui n'a pas accusé réception de lettres qui lui ont été précédemment adressées, de se référer à ces mêmes lettres, ou d'en confirmer le contenu ;

« Attendu que lorsqu'un négociant répond à une lettre qui se réfère à une autre précédemment écrite, ou à plusieurs autres qui se sont référées l'une à l'autre, et qu'il est ainsi mis à même de voir si toutes lui sont parvenues, il doit, si une de ces lettres lui a manqué, en donner connaissance à son correspondant, que s'il ne le fait pas il y a de sa part aveu de la réception de la lettre dont il ne parle pas ;

« Attendu que ces usages, consacrés par une longue pratique, ont été établis dans l'intérêt du commerce ; que

le bon ordre qui doit présider à la marche des affaires et à la régularité des opérations ne permettait pas qu'il en fût autrement;

« Attendu dans l'espèce que Lefèvre, Vidal et Cie justifient suffisamment que l'affaire des 25,000 kilog. huile de baleine du navire *le Georges*, qui donne lieu au procès actuel, avait été par eux proposée à Dupuis Potel les 14 et 18 mars 1838; qu'ils lui avaient annoncé, le 28 du même mois, l'application qu'ils lui en faisaient; que de leur part tout a été régulier dans leurs actes et dans leur correspondance avec Dupuis Potel; que la même régularité n'a pas existé de la part de celui-ci, qui a souvent laissé sans réponse de nombreuses lettres de Lefèvre, Vidal et Cie, et qui ayant à répondre à une série de lettres en passe plusieurs entièrement sous silence; qu'il ne peut dépendre d'un correspondant, en s'abstenant de répondre à certaines lettres, de revenir plus tard sur ce qu'elles contiennent, et de faire remettre en question ce que les maisons qui les lui avaient adressées avaient dû considérer comme chose arrêtée et bien entendue;

« Attendu que des faits de la cause et de l'examen attentif des pièces remises par les parties, il résultera pour tout négociant la conviction que la vente des 25,000 kilog. huile de baleine, du navire *le Georges*, a été réellement faite par Lefèvre, Vidal et Cie, et agréée par Dupuis Potel; que s'il en a été autrement dans l'esprit de celui-ci, il ne saurait imputer qu'à lui-même de n'avoir pas réclamé l'envoi d'un duplicata de la lettre du 28 mars 1838, qu'il prétend ne pas avoir reçue. »

Nous n'avons pas à insister sur la gravité réelle de ces

considérations, sur leur évidente rationnalité. En effet, la première chose que fera un négociant à qui on écrit : *Je vous confirme ma lettre d'un tel jour, dans tout son contenu*, s'il n'a pas reçu cette lettre, sera de le déclarer en réponse et d'en réclamer un duplicata. Si, répondant à la seconde, il se tait sur la première, c'est qu'il la connaît ; c'est qui l'a reçue ; on ne saurait dès-lors l'autoriser à dénier plus tard cette réception.

Le jugement ne pouvait donc qu'être confirmé, il le fut en effet par arrêt de la Cour de Rouen, du 9 mars 1840, avec adoption des motifs.[1]

357. — Ainsi la correspondance sera d'un puissant secours pour résoudre les difficultés que l'existence de la vente peut faire naître, le défaut de réponse pouvant équivaloir à l'acceptation de la proposition.

Que si la lettre de demande ou d'offre a été répondue, on n'aura plus à rechercher que le concours des volontés et à fixer le moment auquel le contrat est devenu parfait et définitif. On suivrait alors les règles que nous avons plus haut rappelées.[2]

358. — Quel sera le tribunal compétent pour se livrer à cette recherche ?

L'article 420 du Code de procédure civile attribue juridiction au juge du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou à celui dans l'arrondissement du-

[1] *J. D. P.*, 2, 1840, 686.
[2] N° 100.

quel le payement doit être effectué. Aucun doute ne saurait donc surgir si la correspondance réglait explicitement toutes ces conditions.

S'il n'a rien été statué, le lieu du payement sera le domicile de l'acheteur; celui de la livraison, le domicile du vendeur, et l'on soutiendra que ce dernier est également le lieu où la promesse a été faite.

Mais, dans la vente par correspondance, le lieu de la promesse est celui où l'offre ou la demande a été acceptée.

Donc la promesse sera réputée faite au domicile du vendeur, lorsque l'acheteur, prenant l'initiative, lui donne l'ordre de lui expédier telle marchandise à tel prix, et que le vendeur déclare accepter ou accepte la demande en expédiant immédiatement.[1]

Par contre, le lieu de la promesse sera le domicile du vendeur si, recevant une offre de la part d'un négociant, il l'accepte; en conséquence peu importerait que la livraison eût été faite au domicile du vendeur. La double condition exigée par l'article 420 ne se rencontrant pas, les difficultés sur l'existence ou l'exécution de la vente ne peuvent être déférées qu'au juge du domicile de l'acheteur.[2]

359. — Du principe que la lettre missive ne lie celui

[1] Douai, 24 mai 1835; Bordeaux, 15 décembre 1835; Cass., 17 juillet 1810.

[2] Paris, 23 novembre 1841. *J. D. P.*, 1. 1842, 74; Toulouse, 22 juillet 1807; Metz, 30 novembre 1808; Bordeaux, 15 décembre 1835; Limoges, 18 février 1821.

qui l'a écrite que lorsqu'elle est connue de celui à qui elle est adressée, on a voulu induire que l'acceptation de l'offre ou de la demande n'intervient qu'au lieu où elle a été connue de l'auteur de l'une ou de l'autre, puisque ce n'est qu'à ce moment que l'acceptant est définitivement obligé.

La Cour de Colmar a condamné cette prétention. Elle jugeait, le 17 février 1840, que, dans un marché qui se fait par correspondance, le lieu de la promesse dans le sens de l'article 420 est celui d'où part la lettre acceptant l'offre de confectionner ou de vendre, et non celui où l'auteur de cette offre a connu l'acceptation, bien que jusque-là il dût ignorer si le contrat qu'il avait proposé était ou non resté à l'état d'un simple projet.[1]

Cette doctrine est juridique, l'ignorance de l'acceptation ne produit que l'effet que nous avons signalé, à savoir : la faculté pour les parties de se rétracter. Mais si lorsque l'acceptation arrive la rétractation n'a pas eu lieu, elle ne peut plus être effectuée, et le contrat a acquis toute sa perfection. Cette perfection, c'est l'acceptation qui la lui a donnée, il faut donc se reporter au lieu où celle-ci s'est réalisée, et ce lieu n'est et ne peut être que le domicile de l'acceptant.

360. — La vente traitée par commis voyageur a cela de particulier qu'elle est toujours provoquée par le vendeur. L'offre est transmise directement par mandataire au lieu de l'être par lettre.

[1] *J. D. P.*, 2, 1840, 184.

Il semble donc que l'acceptation donnée au lieu où se présente le commis voyageur, et qui n'est autre que le domicile de l'acheteur, devrait faire considérer ce domicile comme le lieu de la promesse.

Aucun doute ne saurait s'élever si le commis voyageur, représentant un fabricant ou une maison de gros, a reçu le mandat de vendre pour compte de l'un ou de l'autre.

Mais ce mandat peut ne pas exister, il est des commis voyageurs qui n'ont d'autre commission que celle de recevoir des ordres, de les transmettre à leur maison qui se réserve la faculté et le droit de les accueillir ou de refuser sa ratification.

Cette hypothèse ne présente, avec la commande que l'acheteur ferait spontanément, d'autre différence que celle-ci : l'ordre est donné de vive voix au lieu de l'être par correspondance, l'effet doit dès-lors être identique, c'est-à-dire que l'ordre ne sera définitif que s'il est accepté, et que le lieu de la promesse sera le domicile où cette acceptation se sera réalisée.[1]

La détermination du lieu de la promesse, dans les ventes traitées par commis voyageur, tient donc non-seulement au caractère du marché, mais encore à la nature des pouvoirs donnés au commis voyageur.

Bien entendu que l'abus que celui-ci ferait de ses pouvoirs lierait la maison qu'il représente. Ainsi, si chargé de recevoir et de transmettre les ordres et propositions d'achat, il consentait une vente pure et simple,

[1] **Cass., 19 décembre 1821; Montpellier, 31 décembre 1826; Poitiers, 11 juin 1829; Bordeaux, 4 avril 1842, *J. D. P.*. 1842, 138.**

l'acheteur serait fondé à en exiger la pleine et entière exécution. Le patron ne pourrait en être dispensé que par la preuve que l'acheteur a connu les pouvoirs du commis voyageur, et s'est sciemment associé à leur violation.

361.—La distinction que la jurisprudence a consacrée est repoussée par M. Orillard. Cet honorable jurisconsulte, dans son *Traité sur la compétence commerciale*, considère, comme conclu au domicile de l'acheteur, le marché fait par commis voyageur, même dans l'hypothèse où ce commis n'a que la mission de recevoir des ordres

Nous basons notre opinion, enseigne-t-il, sur le motif que la ratification équivaut au mandat, et que les difficultés nombreuses que fait naître l'opinion contraire pour la vérification du mandat donné aux voyageurs ne se rencontrent pas dans notre manière de voir.[1]

362. — Le désir de faire disparaître les difficultés que les tribunaux peuvent rencontrer dans l'exercice de leur mission est certes fort recommandable, et sa réalisation serait un signalé bienfait. Mais encore faut-il que cette réalisation puisse s'étayer en raison et en droit, ce qui, dans l'hypothèse, ne nous paraît pas admissible.

Notons d'abord que l'opinion de M. Orillard suppose que le traité a été ratifié, et que les difficultés ne s'élèvent que sur l'exécution. Or, il peut s'agir de tout autre chose, le patron peut nier la validité du marché, en méconnaître

[1] N° 609.

l'existence. Evidemment il n'y aura pas, dans ce cas, ratification et par conséquent mandat, et le motif invoqué par M. Orillard, on ne pourra ni l'alléguer, ni s'en prévaloir.

L'erreur de ce jurisconsulte distingué est de donner à l'acte du patron une qualification qu'il ne comporte pas. Une ratification suppose un engagement préexistant au nom de celui qui est appelé à la consentir. Or, dans notre hypothèse, il n'en existe aucun, puisque la mission unique du voyageur est de transmettre l'ordre qu'il reçoit, et de le soumettre à l'approbation de sa maison. Donc, en donnant cette approbation, celle-ci ne ratifie pas, elle contracte un marché qui n'était jusque-là qu'un simple projet.

En d'autres termes, dans les conditions que nous supposons, le voyageur n'est que le porte parole, que l'intermédiaire entre l'acheteur et le vendeur; le premier, au lieu d'adresser sa proposition par lettres, la transmet au second par l'entremise du voyageur, il est donc impossible de distinguer entre ces deux cas, et si dans le premier il n'y a contrat que par l'acceptation de la proposition, et si le lieu où elle est donnée est celui de la promesse, il ne saurait en être autrement dans le second.

363. — Au reste, quoique graves, les difficultés que soulève la nature du mandat du voyageur sont loin d'être insolubles. La qualité, le genre du commerce du patron; les faits et circonstances; les termes de la circulaire annonçant l'arrivée du commis ; ceux dans lesquels l'ordre a été donné et pris, sont autant d'éléments de nature à éclairer le juge et à former sa conviction.

Ajoutons que la détermination du lieu de la promesse n'a bien souvent qu'un fort mince intérêt. Qu'importe, en effet, qu'elle ait été faite au domicile de l'acheteur, si la livraison devait s'effectuer à celui du vendeur, ou réciproquement? Le juge n'est compétent que si le lieu de la promesse est en même temps celui où doit se faire la livraison.

Il ne suffit donc pas de prouver que la promesse a été faite ici ou là, il faut encore établir que la livraison devait s'y effectuer. A défaut, l'article 420 est inapplicable, et la compétence se détermine par les principes généraux, à moins que la convention, en fixant le lieu du payement, attribue juridiction au juge de ce lieu.

364. — On s'est demandé, dans ce dernier cas, si ce juge pouvait connaître du litige lorsque l'une des parties méconnaît la vente et en dénie formellement l'existence? La négative est enseignée par M. Pardessus.[1]

Cette opinion pourrait paraître contestable; on pourrait objecter que dans une matière où la preuve testimoniale est de droit commun, tout ce qui devrait résulter de la dénégation du contrat est l'obligation, pour celui qui en allègue l'existence, de prouver son allégation, qu'en conséquence le tribunal investi ne devrait se dessaisir qu'à défaut ou en cas d'insuffisance de la preuve, soit quant à l'existence du marché, soit quant à la détermination du lieu du payement.

Ces objections n'ont aucun caractère juridique, il est

[1] N° 1354.

de principe que la compétence du juge doit être préalablement établie : *Prius de judice quam de lite*. Or, celle que l'article 420 autorise est exceptionnelle, elle ne peut donc se vérifier que dans les conditions exigées par cet article lui-même, c'est-à-dire qu'il faut que l'existence de l'opération et la détermination du lieu du payement soient acquises et établies.

La dénégation de la première entraîne forcément celle de la seconde. Le demandeur est donc réduit à les prouver l'une et l'autre, mais sa prétention ne reposant sur aucun titre, ne constitue plus qu'une action purement personnelle dont le mérite ne peut être apprécié que par le juge du défendeur.

Le contraire a été admis par la Cour d'Orléans, le 16 juin 1858,[1] et par la Cour de Pau, le 14 mars 1859. Mais ce dernier arrêt, étant devenu l'objet d'un pourvoi, a été cassé le 17 avril 1860 pour fausse application de l'article 420 et violation de l'article 59 du Code de procédure civile.[2]

Dans la note dont il accompagne cet arrêt, M. Dalloz en indique une foule d'autres des Cours de cassation, de Besançon, Lyon, Poitiers, Limoges, jugeant uniformément que l'attribution de compétence faite par l'article 420 au tribunal du lieu du payement est subordonnée à la condition d'un payement à effectuer, que dès-lors, si l'existence et la validité de la convention sont mises en question, le litige doit être porté, conformément au droit com-

[1] *D. P.* 58, 2, 187.
[2] *Ibid.*, 60, 1, 159.

mun, devant le tribunal du domicile du défendeur. C'est ce que la Cour suprême consacrait de nouveau le 18 juin 1861.[1]

365. — L'article 109 inscrit les livres des parties au nombre des éléments de preuve des achats et ventes. L'obligation faite aux commerçants d'avoir des livres, d'y inscrire jour par jour toutes les opérations rendait ces livres des documents qu'il n'était pas possible de négliger. Comment en effet hésiter, si la convention alléguée était mentionnée dans les livres respectifs des parties.

La disposition de l'article 109, en ce qui concerne les livres, était d'ailleurs la conséquence forcée de l'article 12 du Code de commerce ; celui-ci, en effet, confère aux juges la faculté d'admettre les livres pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. Or, l'article 109 ne s'occupe que des achats et ventes de négociants à négociants. Il ne fait donc en réalité que consacrer la faculté déjà concédée par l'article 12.

366. — Toutefois, l'exercice de cette faculté ne peut s'étendre au-delà des limites tracées par l'article 14 du Code de Commmerce. La communication des livres ne peut être demandée et ordonnée que dans les cas qui y sont prévus. Nous avons déjà établi le caractère limitatif et restrictif de sa disposition.[2]

Dans tous les autres cas, le droit des juges se restreint

[1] *Ibid.*, 61, 1, 424.
[2] *Notre Comment. de l'art.* 14.

à ordonner la représentation des livres pour en extraire ce qui concerne le différend. Nous renvoyons à nos observations sur les règles à suivre dans l'exécution de cette mesure.[1]

La communication dans les cas prévus, la représentation dans les autres, n'a pas besoin d'être provoquée, elle peut être ordonnée d'office par le juge. Elle n'est en réalité qu'une voie d'instruction dont il eût été irrationnel de lui interdire l'initiative. Lui seul, en effet, est dans le cas d'en apprécier l'utilité, de juger de sa nécessité. Il était donc juste de lui permettre de suivre à ce sujet les inspirations de sa conscience et de se procurer ainsi les moyens d'éclairer sa religion.

367. — Reconnaissons toutefois que les livres, utilement invoqués lorsque le marché a reçu un commencement d'exécution, seront d'un mince secours lorsqu'il s'agira de statuer sur l'existence de la vente. Bien souvent, en effet, l'acheteur ne l'y inscrira qu'à la réception de la marchandise, et le vendeur qu'au jour de l'expédition, soit de celle-ci, soit de la facture. De telle sorte que si l'un refuse de recevoir, l'autre d'expédier, les écritures seront nécessairement muettes.

Le contraire peut cependant se réaliser. Le journal doit constater jour par jour toutes les opérations au fur et à mesure qu'elles se consomment. On pourra donc, soit sur le journal, soit sur le brouillard qui sert à le ré-

[1] *Ibid.*, art. 15 et 16.

diger, trouver la trace soit de la commande, soit de la promesse.

Il peut se faire, en outre, que le contrat ait amené un payement anticipé de tout ou de partie du prix, tout au moins la création et la remise de traites en règlement. Dans cette hypothèse, la preuve de la vente résultera du livre ou du brouillard de caisse mentionnant le payement, ou du livre des traites et remises constatant l'entrée ou la sortie de celles données ou reçues.

368. — Que les parties aient droit de demander la représentation du livre-journal et du brouillard, c'est ce qui ne saurait souffrir ni difficulté ni doute. Le journal est obligatoirement prescrit par la loi. La prétention de n'en avoir aucun serait donc inadmissible.

D'autre part, le brouillard est le véritable journal. C'est lui qui contiendra les opérations journalières qui sont ensuite transcrites sur le livre, et souvent plus ou moins longtemps après. Il pourrait donc se faire que le désir de discéder de l'engagement eût fait sciemment omettre l'indication du brouillard.

Celui-ci est donc le contrôle naturel du livre, et le refus de le produire ferait avec juste raison présumer la fraude.

La loi n'a nulle part prescrit ni le livre de caisse, ni celui des traites et remises. L'exigence de leur représentation offrirait plus de difficultés. Le refus d'y satisfaire sera le plus souvent étayé sur la dénégation d'en avoir tenu aucun.

On ne saurait légalement rien conclure de ce refus, ni

prescrire la représentation, si l'excuse alléguée était exacte et vraie. Mais si le contraire était acquis, rien ne pourrait empêcher d'ordonner cette représentation et dispenser le commerçant d'y satisfaire. L'existence certaine des livres imprimerait au refus de les représenter un caractère de déloyauté qui ferait naître les plus justes soupçons. La persistance dans cette voie pourrait donc faire consacrer l'action, ou tout au moint autoriser le juge à déférer le serment à l'autre partie.

La preuve de l'existence des livres auxiliaires est laissée à l'arbitrage des tribunaux. Elle peut résulter de la position de la partie; de la nature et de l'importance de son commerce; de documents émanés d'elle, et qui rendraient cette existence vraisemblable; enfin des témoignages oraux.[1]

369. — Le dernier mode que l'article 109 autorise, est la preuve testimoniale. Nous avons déjà indiqué les difficultés que son admission souleva et les motifs qui la firent consacrer.

Ce que l'article 109 sanctionne, c'est cette admission en principe, et non l'obligation absolue pour les juges d'y recourir. A quoi bon, en effet, la preuve par témoins si la conviction des magistrats trouve des éléments suffisants dans les documents qu'ils ont sous les yeux, dans les circonstances et faits du procès?

L'admissibilité de la preuve par témoins permet et autorise celle par présomptions; par conséquent de vider

[1] V. *Notre Comment des art.* 15 *et* 16, n° 309. Caen, 24 juin 1828.

immédiatement le litige si la gravité, la pertinence et la concordance de ces présomptions suffisent pour fixer l'opinion du juge.

Voilà pourquoi l'article 109 n'autorise la preuve testimoniale que dans le cas *où le tribunal croira devoir l'admettre*. C'est donc une faculté qu'il confère, d'où la conséquence que le rejet de la demande, fondé soit sur l'inutilité de la preuve, soit sur ce que les faits coarctés ne sont ni pertinents ni admissibles, pourrait bien constituer un mal jugé, mais jamais une violation ou une fausse application de l'article 109.

370. — L'applicabilité de l'article 109 entre commerçants est aussi absolue qu'évidente. *Quid* dans l'hypothèse d'une convention entre un commerçant et un non-commerçant ?

Ce dernier, vendant ses récoltes ou achetant pour ses besoins propres et personnels et pour ceux de sa famille, ne fait pas acte de commerce, il ne peut dès-lors être traduit, comme défendeur, que devant le tribunal civil, et n'est régi que par le droit commun. Il est donc recevable et fondé non-seulement à exiger une preuve écrite, mais encore à réclamer la nullité de l'acte fait en contravention des dispositions des articles 1325 ou 1326.

Comme demandeur, le non-commerçant a le droit d'investir la juridiction ordinaire ou de citer devant le tribunal de commerce. La compétence de celui-ci est admise par la doctrine et la jurisprudence, elle a son fondement dans la commercialité de l'acte que le négociant accomplit.

Si le non-commerçant opte pour le tribunal civil, le droit commun régit le litige. Ainsi la demande devra être écrite et la preuve testimoniale ne sera admissible que s'il s'agit d'une somme moindre de 150 fr., ou que s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Il en est de même des exceptions que le défendeur commerçant opposerait à la demande, il ne pourrait les établir par témoins que dans les mêmes conditions.

Si le non-commerçant s'adresse au tribunal de commerce, il peut invoquer le bénéfice de la législation spéciale et justifier de son droit par tous les modes de preuves, même par témoins, quel que soit le chiffre de la demande.

Mais par une juste et nécessaire réciprocité, le défendeur commerçant jouira, quant aux exceptions dont il se prévaut, du même privilége, il pourra donc en justifier même par la preuve testimoniale.

Il répugnerait à la raison de distinguer entre les parties; de régir l'une par le droit spécial, l'autre par le droit commun. Ce serait là créer une inégalité qui n'est admissible ni en équité ni en droit.

Aussi la prétention contraire a-t-elle été repoussée dans l'hypothèse suivante :

Un commerçant poursuivi devant la juridiction consulaire en payement du blé qui lui avait été vendu et livré, soutient qu'ayant acheté toute la recolte, il ne pouvait être tenu au payement qu'après livraison entière. Sur la dénégation de l'importance de la vente, il offre de l'établir par témoins.

Le vendeur repousse cette offre comme non-recevable, s'agissant d'une somme de plus de 150 fr.

Jugement qui repousse la fin de non-recevoir : Attendu qu'il s'agit d'une vente de blé entre deux individus dont un est commerçant, l'autre propriétaire;

« Attendu que les parties ne sont pas d'accord sur la quantité de blé vendu ;

« Attendu que le demandeur Bonnet, en appelant le sieur Quillot devant le tribunal de commerce, s'est soumis à sa juridiction ;

« Attendu que le sieur Bonnet a soutenu que sa partie adverse n'avait pas le droit de faire contre lui la preuve orale d'un fait contesté et sur lequel repose tout le procès ;

« Attendu que si on admettait une pareille prétention le droit du défendeur se trouverait limité, et que ce dernier ne serait pas dans un rapport égal envers la justice ; qu'il en résulterait d'ailleurs que le sieur Bonnet, après avoir librement appelé son adversaire devant la juridiction commerciale, déclinerait en partie cette juridiction, ce qui serait une contradiction. »

Appelée a prononcer sur le mérite de ce jugement, la Cour d'Agen le confirme purement et simplement, avec adoption des motifs, par arrêt du 6 janvier 1828.

Ces décisions sont équitables et juridiques, le non-commerçant puise dans sa qualité l'avantage et le droit de choisir la juridiction à laquelle il lui convient de déférer le litige, et de déterminer ainsi la législation qui doit le régir.

Mais ce choix fait, il doit en subir les conséquences ;

si, dans le but de se ménager la preuve testimoniale, il s'adresse au tribunal de commerce, il rend cette faculté commune à son adversaire. La prétention de vouloir l'exercer tout en la contestant à celui-ci, n'a évidemment et ne saurait avoir aucun fondement en raison et en droit.

371. — Le non-commerçant qui a d'abord investi une juridiction, peut-il reporter l'action à l'autre?

Aucun doute ne saurait naître, si la juridiction d'abord investie, appréciant le litige, avait définitivement statué au fond. Le jugement intervenu a épuisé le droit et l'a par conséquent anéanti. Or, le droit du non-commerçant est de saisir ou le tribunal civil ou le tribunal de commerce, il n'a qu'une seule action, et ce serait lui en concéder deux si, ayant succombé devant le tribunal civil, on lui permettait de saisir le tribunal de commerce ou réciproquement.

Donc après jugement définitif, la position des parties est fixée ; le droit est éteint, et toute action ultérieure se trouverait repoussée par l'exception de la chose jugée.

Qu'en serait-il si après l'introduction de l'instance, mais avant jugement, le demandeur, se désistant de sa citation, ajournait devant l'autre tribunal ?

Nous ne voyons pas sur quoi on se fonderait pour contester la régularité de l'agissement, et comment on pourrait faire repousser la nouvelle action.

Les déchéances sont de droit étroit et ne doivent être admises que lorsqu'elles se trouvent expressément édictées par la loi

Qu'on repousse l'action nouvelle si elle est inconci-

liable avec celle d'abord intentée, nous le comprenons. La loi nous en fournit un exemple, lorsque, dans l'article 26 du Code de procédure civile, elle déclare le demandeur au pétitoire non-recevable à agir au possessoire. Cela se comprend, se pourvoir au pétitoire, c'est avouer que l'adversaire est en possession, et le refus de revenir contre cet aveu est naturel et légitime.

Mais que peut-on induire de l'introduction de l'instance devant le tribunal civil contre le recours au tribunal de commerce après désistement, ou réciproquement? Rien évidemment qui soit inconciliable avec ce recours. Elle ne saurait donc lui faire obstacle, en l'absence de toute disposition de la loi à ce sujet.

Excipera-t-on de la règle *electa una via non datur regressus ad alteram*? Cette règle, hors le cas prévu par l'article 26 du Code de procédure civile, n'a qu'un objet : empêcher que celui qui a succombé dans la voie qu'il a prise puisse renouveler sa prétention devant un autre juge et contraindre son adversaire à subir de nouveaux débats.

Or, se désister d'une demande et s'adresser à un autre juge, ce n'est pas se placer dans ces conditions, ni aspirer à cette faculté. Le désistement qui dessaisit le juge laisse le droit intact. La prétention de le soumettre à une autre juridiction ne saurait donc être ni raisonnablement contestée, ni légalement repoussée comme non-recevable.

FIN.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Le Chiffre indique le numéro des Sommaires.

D

E

F

G

O

P





FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR.

—

Traité du Dol et de la Fraude, 3 vol. .... 24 fr. » c

Commentaire des titres 1 et 2 du Code de commerce, 1 vol. 7 50

— des Sociétés, 2 vol. .... 15 »

— du livre 2, du Commerce maritime, 5 vol .... 40 »

— des Bourses de commerce, Agents de change et Courtiers, 1 vol. .... 7 »

— de la Lettre de change, des Billets à ordre et de la Prescription, 2 v. 16 »

— des Faillites et Banqueroutes, nouv édition, 3 vol. .... 24 »

SOUS PRESSE :

— liv. 1, tit. 6, des Commissionnaires, 1 vol

— liv. 4, de la Juridiction commerciale, 1 vol.